Aufrechnung und Anfechtung als Einwendungen der Vollstreckungsgegenklage

unter ganz besonderer Berücksichtigung
des Falles der
Streitveräußerung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg
eingereicht von

Alfred Goldberg
Referendar aus Kassel

Marburg 1933

Druck von M. Heine, Kassel

Aufrechnung und Anfechtung als Einwendungen der Vollstreckungsgegenklage

unter ganz besonderer Berücksichtigung
des Falles der
Streitveräußerung

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

eingereicht von

Alfred Goldberg
Referendar aus Kassel

Marburg 1933

Druck von M. Heine, Kassel

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 15. Januar 1929.

Berichterstatter: Professor Dr. W. Engelmann

Gliederung.

Literaturverzeichnis.

I. Zeitschriften.

Archiv für Bürgerliches Recht.
Archiv für öffentliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
Deutscher Juristentag.
Deutsche Juristenzeitung.
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes, begründet von Gruchot.
Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut.
Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt.
Hanseatische Gerichtszeitung, Hauptblatt.
Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechtes, begründet von Jhering.
Juristisches Literaturblatt.
Juristische Monatsschrift (München).
Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht.
Monatsschrift für Handesrecht und Bankwesen.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Entscheidung der Vereinigten Zivil- bezw. Strafsenate des Reichsgerichts.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Zentralblatt für das Deutsche Reich.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sächs. Archiv für Rechtspflege.
Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß.
Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs- und Kostenwesen (Fortsetzung der Zeitschrift für Gerichtsvollzieher).

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt.

II. Werke und Abhandlungen.

H. F. Abraham, „Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz 1903“.
Arndt, Die Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Kläger mit besonderer Berücksichtigung der Reichsziv. Proz. Ordnung Gruch. Bd. 22. 3. Folge. 2. Jahrg. Berlin 1878.
Dr. O. Bähr, „Aus gesammelte Aufsätze“, Bd. I: Juristische Abhandlungen: „Ueber Irrungen im Kontrahieren, Leipzig 1895“.
Julius Binder, „Philosophie des Rechts“, Berlin 1925.
Binder, „Rechtsbegriff und Rechtsidee“.
Dr. Aloys Brinz, Erlangen 1879: „Lehrbuch der Pandekten“, Bd. I und II.
Dr. Aloys Brinz, „Die Lehre von der Kompensation“, Leipzig 1849.
Becker, „System der Pandekten“ und „Grundbegriffe des Rechts“.
Martin Bruck, Ger.-Ref., Diss., 1900, „Das Wesen der Anfechtbarkeit“.
Begründung des Entwurfs einer deutsch. Ziv. Proz. Ord. und des EG. Berlin 1871.
Behrend, Bespr. der 5. Aufl. des Werkes: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts von Förster-Eccius (In Gruch. Bd. 31 4. Folge 1. Jahrgang Berlin 1887).
Biermann. Das Sach. Recht 2. Aufl. Berlin 1903.
v. Bülow, Kom. zur Deutsch. ZPO, Hannover 1879.
Bunsen, in der Zeitschr. f. Deutsch. Ziv. Pr. 26. Bd.
Karl Crome, Prof. Dr., „System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes“, Tübingen und Leipzig 1900, Bd. I.
Cosack, Conrad, Jena 1898, aus „Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes“, Bd. I.
Derselbe, „Aufrechnung“.
David, Alfons, Diss., Bonn 1893, „Die vollstreckbaren Urkunden der Zivilprozeßordnung“.
Dr. Erich Danz, Prof., „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte“, Jena 1911.
Dr. H. Dernburg, Privatdozent in Heidelberg 1854, „Die Kompensation nach Römischen Recht“.
Derselbe, „Geschichte und Theorie der Kompensation“, 1. Aufl. 1854, 2. Aufl. 1868.
Derselbe, „Preußisches Privatrecht“.
Derselbe, „Pandekten“, Bd. I, Allg. Teil, Berlin 1892.
Derselbe, „Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches u. Preußens“, Halle 1899.

Eck, „Vorträge über das Recht des BGB“, Dr. Ernst, Prof., Berlin und Dr. R. Leonhard, Prof. in Breslau, Berlin 1903.
Dr. Fridolin Eisele, Prof. in Freiburg, „Die Kompensation nach Römischen und Gemeinen Recht“, Berlin 1876.
Enneccerus, Dr. Ludwig, Prof., „Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin“, Marburg 1889.
Derselbe, Kipp u. Wolff, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“.
Endemann, Dr. F., „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes“, Bd. I, Berlin 1903.
Derselbe, „Einführung ins BGB.“
Eccius, Pr. Priv. Recht. Auf der Grundlage des Werkes von Dr. Franz Förster Bd. I 7. Aufl. Berlin 1896.
Eccius, Besprechung des Handb. des Deutsch. Ziv. Pr. Rechts Bd. I von Wach (In Gruchot Bd. 30 3. Folge 10. Jahrg. Berlin 1886).
Entwurf e. d. ZPO Begründung. Berlin 1872.
Falkmann, R., „Die Zwangsvollstreckung“ (mit Ausnahme der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen . . .) Berlin 1914.
Fitting, Dr. Hermann, Erlangen 1856: „Ueber den Begriff der Rückziehung“.
Derselbe, „Aeußere und innere Rechtskraft“.
Fischer-Henle, „Bürgerliches Gesetzbuch (Handausgabe).
Förster-Kann (Komm. zur Zivilprozeßordnung.).
Fontheim, Georg, Rfdr., Diss., Berlin 1906: „Das Anfechtungsrecht des Bürgerlichen Rechtes . . .“
Förster, Die ZPO f. d. Deutsche Reich. 1886.
Fitting, Die Reichs ZPO 12. und 13. Aufl., Berlin 1907.
Fischer, in Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürgerl. Rechts 40. Bd.
Freudenthal, ZPO Handausgabe nebst Erläuterung. München 1900
Gradewitz, „Anfechtung und Reuerecht beim Irrtum“.
Gaupp-Stein, Kom. zur Zivilprozeßordnung. 1904, 6 u. 7 Aufl. 11 — 1906 8. u. 9. Aufl.
Goldschmidt, Profess., Dr. James, „Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925.
derselbe, „Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb“ München 1910.
Geib, Prof. der Rechte in Tübingen, Otto, „Theorie der gerichtlichen Kompensation“, Tübingen 1897.
derselbe, „Rechtsschutzbegehren“ und „Anspruchsbestätigung im Deutschen Zipilprozeß“, München 1909.
Gaupp-Stein, Kom. z. ZPO 10. Aufl. 1900; 11. Aufl. 1910. Ziv. Pr. Ordn. f. d. Deutsch. R. Erläut. v. Stein bearb. von Jonas. Tübingen 1925.
Haußmann, Rechtsanwalt, Friedrich, Diss., Stuttgart 1907, „Der Irrtum im alten und im neuen Recht“.
Hedemann, Wilhelm, „Schuldrecht des BGB“, Berlin, Leipzig 1291.
Hellwig, Dr. Konrad, Prof., „Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft“, Leipzig 1901.
derselbe, „Anspruch und Klagerecht“, Jena 1900.

Hellwig-Oertmann, Dr. Konrad H., vollendet von Dr. Paul Oertmann, Leipzig 1919, „System des Deutschen Zivilprozeß-rechtes".
Hellmann, Friedrich, Prof., „Vorträge über das BGB für das Deutsche Reich", Allg. Teil, Freiburg 1897.
Hein, Dr. Otto, „Handbuch der Zwangsvollstreckung", Hannover 1914.
Henle, Prof. Dr. Rudolf, „Irrtum der Rechtsfolgen" (aus Festgabe der Bonner Jur. Fakult. für Paul Krüger zum Dr. Jubiläum, Berlin 1911.)
derselbe, „Drohung" in Anfechtbarkeits- und Erpressungs-Tatbestand, Gießen 1925.
Hirschfeld, „Einen Beitrag zur Lehre des Deutschen Bürgerlichen Rechtes"
Ed. Hölder, Kom. z. Allg. Teil des BGB. München 1900.
Hommel, „Ueber materielle Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen".
Heilenbeck, Wilhelm, Die Sondernachfolge nach der ZPO in den Fällen der Veräußerung und Abtretung. Borna-Leipzig 1907.
Hellmann, Friedr., Lehrb. des Deutsch. Ziv. Pr. Rechts München 1896.
Hellwig, Konr., Lehrb. d. Deutsch. Ziv. Pr. Rechts 1903.
Derselbe, Verpfändung und Pfändung von Forderungen. Leipzig 1883.
Jacobi, Prof., Ernst, „Die Theorie der Willenserklärungen", 1910.
Jakobezky, „Bem. zu dem Entw. eines BGB für das Deutsche Reich", München 1892.
Jäger, Dr. Ernst, „Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses", Berlin 1905.
derselbe, „Konkursordnung, Kom. zur" und des Einführungsgesetzes, Berlin 1914.
Jhering, Rudolf, Leipzig, Gießen 1854. „Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung".
Jakobi, Die Rechte des Sondernachfolgers aus dem Urteil auf Herausgabe der vollstreckbaren Urteilsausfertigung 1902.
Kappes, Clemens, Erlangen 1896, Diss. „Die Widerspruchsklage nach § 686 ZPO mit besonderer Berücksichtigung der Rechtswohltat des Inventars".
Kipp, Theodor, Berlin 1911, „Doppelwirkungen im Recht", (Festgruß für F. von Martitz).
Kisch, Wilhelm, Professor, Leipzig, „Beiträge zur Urteilslehre"
Koban, Ant., Innsbruck 1909, „Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht".
Kohler, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes" 1904—1915 Bd. 1—3
Koch, Dr. Richard, „Festgabe für, der jur .Gesellschaft zu Berlin zum 50 jährigen Dienstantritt, Berlin 1903.
Kuhlenbeck, Dr. Julius, Berlin 1899, „Von den Pandekten des BGB." Bd. 1 u. 2.

Kuttner, Gerichtsass. Dr. Georg, München 1909, „Die Privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile".
Koch, ALR. f. d. Preuß. Staaten, Berlin 1884.
Koch, Der Preuß. Ziv. Proz. 2. Ausgabe. Berlin 1855.
Kohler, J., Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung. In der Zeitschrift f. Deutsch. Ziv. Proz. Bd. 29 S. 39 ff.
Derselbe, Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
Derselbe, Ueber die Sukzession in ein Prozeßverhältnis. In der „Zeitschrift für Ziv. Proz." Bd. 12 S. 97 ff.
Lang, Georg Dr. jur. München 1905, „Das Aufrechnungsrecht nach Bürgerlichem Recht".
Langheinecken, P. Dr. phil. et. jur. Leipzig 1899, „Der Urteilsanspruch".
Leonhardt, Dr. A. Hannover 1861, „Das Zivilprozeßverfahren des Königsreichs Hannover,,.
Leonhard, Prof. Dr. Rudolph, „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts" Heft 1. „Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft,, Breslau 1900.
„Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte".
Leonhard, Franz, Ger. Ass. Göttingen 1896, „Die Aufrechnung"
Liebknecht, Karl, Ger. Refdr., Paderborn 1897, Diss. „Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Recht".
Materialien zur ZPO und zu dem E.G. zu demselben, C. Hahn, Bd. 1 (1880).
Die Motive zu dem Entwurf 1 (1888) und 3 eines BGB.
Mugdan, „Die gesamten Materialien zum BGB. 5 Bde. 1899.
Müller, Julius, Diss. „Das Bürgerliche Anfechtungsrecht, insbesondere seine Uebertragbarkeit", Bonn 1909.
Mandry-Geib, Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1898.
Mayer, Grundsätze der Litigiosität (Aus Gruch. Bd. 33 4. Folge, 3. Jahrgang Berlin 1889).
Meister, Eckard, Die Veräußerung in Streit befangener Sachen u. Abtretung rechtshängiger Ansprüchenach § 265 ZPO, Leipzig 1911
Neumann, „Handausgabe des BGB" 3 Bde. 1912.
Neukamp, Kom. d. ZPO. Göttingen 1900.
Oertmann, Dr. Paul, Kom. des Heymann'schen Verlags, Allg. Teil. 1908, Schuldverh. 1910.
Derselbe, Prof. d. Rechte in Erlangen, Berlin 1916, „Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeß".
Oetinger, Kurt, Refdr. Diss. Berlin 1904, „Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB".
Planck, (etc.) Kom, BGB Herausgegeben von Strohal.
Preußisches Landgericht (P L.R.)
Petersen, Dr. Julius 1901, Bd. 2 unter Mitw. von Dr. Ernst Anger, „Die ZPO für das deutsche Reich".
Planck, J.W. „Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts"; 1887/1896

Pfersche, Dr. Emil, Graz 1891, „Die Irrtumslehre des Oesterr. Privatrechts".
Pininsky, Graf, Dr. Leo, Leipzig 1888, „Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht" Bd. 2.
„Die Protokolle der zweiten Kommission", herausgeg. von Achilles, Gebhard und Spahn, 1897—1899.
Puchta, Pandekten 1877.
Petschek, G. Zwangsvollstr. in Forderungen, Wien 1901.
Pinner, Ernst, Ueber die Abtretung rechtshänger Ansprüche. Leipzig Dissert. 1906.
Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer ZPO für die Staaten des Norddeutschen Bundes. Berlin 1869.
Raschke, Marie, Diss. Bern, 1900, „Betrug im Zivilrecht".
Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893.
Reuling, „Die wahre Rechtsnatur der vermeintlichen Kompensationseinrede", Berlin 1899.
derselbe, „Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB.", 1905.
Das BGB, Kommentar von Reichsgerichtsräten.
Ramdöhr, H. A. R., Posen 1901, „Grundriß für das Studium des Deutschen Privatrechts", Bd. 1 Allg. Teil und Schuldrecht.
Rehbein, „Allgemeiner Teil und Schuldrecht". Bd. 1 und 2.
Ryck, „Der Irrtum bei Rechtsgeschäften", 1895.
Ryck, Landgerichtsrat, Dr. Richard, Berlin 1889, „Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem Deutschen Recht".
Reincke, O., Die Deutsche ZPO 5. Aufl. 1904.
Reinhardt, Ist die Bestimmung der Deutsch. ZPO, daß die Abtretung rechtshängiger Anspr. keinen Einfluß auf den Prozeß hat, von materiellrechtlicher- oder prozessualer Bedeutung? (Aus Gruchot Bd. 40 5. Folge, 5. Jahrg. Berlin 1896.)
Rosenthal, Die Sachlegitimation. 1903.
Savigny, von, „System des heutigen römischen Rechts", 8 Bände 1840—1849.
Seuffert, Kom. zur Zivilprozeßordnung, Dr. Lothar, Professor, München 1907.
Siméon, „Recht und Rechtsgang", Bd. 1, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Sintenis, „Das prakt. gemeine Zivilrecht", 3 Bde.
Scheffler, Josef, Diss., Kattowitz 1911, „Die Besonderheiten der Vollstreckungsgegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden", Diss., Breslau.
Schliemann, Dr. Adolf, Rostock 1861, „Die Lehre vom Zwang".
Siber, Dr. Heinrich, Ger. Ass., Leipzig, 1899, „Kompensation und Aufrechnung".
Siebenhaar, Dr. Eduard, OLG-Präsident a. D., Leipzig 1877, „Kom. z. deutschen ZPO".
Schloßmann, Siegmund, Jena 1903, „Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Sache nach BGB".
Skonietzky und Gelpke, Kommentar zur ZPO.

Schollmeyer, Friedrich, Dr., „Die Kompensationseinrede im Deutschen Reichszivilprozeß".
derselbe, München 1900, „Recht der Schuldverhältnisse".
Steger, Alfred, Borna=Leipzig, 1900 „Die Anfechtbarkeit nach dem Recht des BGB."
Schmidt, C. H., Landger. Dir.' Breslau 1887, „Die gerichtliche Zwangsvollstreckung in Preusen, unter Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen".
Schmidt, Richard, „Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts". Leipzig 1898.
Schmidt, A. Ch. J., „Handbuch des Gemeinen Deutschen Zivilprozesses", Kiel 1855.
Schwanert, Hermann, „Die Kompensation nach Römischen Recht", Rostock 1870.
Schlottmann, Rudolph, Diss., „Die Anfechtbarkeit nach Römischen Recht und dem BGB", Rostock 1901.
Schneider, Wilhelm, Rfr., „Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten", Diss., Göttigen 1904.
Seuffert, Dr. Johann, Würzburg 1848. Bd. I: „Praktisches Pandektenrecht".
Sintenis, Dr. Karl Ferd., Leipzig 1847: „Das praktische gemeine Zivilrecht", Bd. I und II.
Stammler, Dr. Rudolf, „Uebungen im Bürgerlichen Recht", Berlin 1915.
Struckmann=Koch, „Die ZPO für das Deutsche Reich", Berlin 1900, 8. Aufl. 1901.
Staudinger, Komm. zum BGB und zum E. G. BGB, herausgegebek von Loewenfeld, Riezler . . .
Stölzel, Adolf, „Schulung für die zivilistische Praxis", II. Teil, Berlin 1902.
Sokolowsky, Dr. Paul, Halle 1907: „Die Philosophie im Privatrecht."
Schultze, Erläuterungen zur Lehre von der Veräußerung der in Streit befangenen Sache und der Cession des geltend gemachten Anspruchs. 1886.
Schultze, Alfr., Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger. 1891.
Sohm, Institutionen. 11. Aufl. Leipzig 1903.
Stegemann, Die Parteien im Prozeß. In der Zeitschr. f. Deutschen Ziv. Proz. Bd. 17.
Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung. 1905.
v. Thur, „Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts".
Titze, Dr. Heinrich, Göttingen 1910: „Mißverständnis."
Ubbelohde, Dr. August, Privatdozent, Göttingen 1858: »ipse iure compensatur.«
Vangerow, Dr. Carl Adolf, „Lehrbuch der Pandekten", Leipzig und Marburg 1876.

Wach-Laband, „Zur Lehre von der Rechtkraft", Leipzig 1899.
Warneyer, „Das BGB" erläutert durch die Rechtsprechung.
Warneyer, Dr. Otto, „Die Zivilprozeßordnung in der vom 1. 6. 1910 geltenden Fassung". Leipzig 1910.
Wach, „Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung". Dr. Adolf, Bonn 1896.
Weyl, „System der Verschuldenbegriffe".
Weigelin, Dr. jur. Ernst, Hannover 1904: „Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld."
v. Wächter, „Pandekten". 1880, 1881.
Windscheid, Dr. Bernhard, Prof., „Lehrbuch des Pandektenrechts". Frankfurt a. M. 1887.
Wetzell, „System des ordentlichen Zivilprozesses", Dr. Georg Wilhelm, Leipzig 1878.
Wilmowsky-Levy, Dr., Komm. zur ZPO und dem Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1895.
Wach, Dr. Adolf „Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts" Leipzig 1885.
Weidlich „Die Veräußerung des rechtshängigen Anspruches und der streitbefangenen Sache", Gruchot Bd. 45; sechste Folge; 5. Jahrgang; Berlin 1901.
Weiß, Dr. Richard, „Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche"; Diss. Leipzig 1909.
Weißmann, Dr. Jakob „Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts", Bd. I; Stuttgart 1903.
Wach, Dr. Adolf, „Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts" Leipzig 1885.
Wach, Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche. (Abhandlung aus Gruchot, Bd. 30. 3. Folge. 10. Jahrg. Berlin 1886.)
Zimmermann, Ueber Veräuß. z. Vereitl. od. Erschwer. d. ger. Durchf. v. Ansprüchen (Gruch. Bd. 26. 3. Folge, 8. Jahrgang Berlin 1884.)
Zitelmann, Dr. Ernst, „Irrtum und Rechtsgeschäft", Leipzig 1879.
Zitelmann, Dr. Ernst, „Festschrift für, zum 60. Geburtstag, München—Leipzig 1913, darin: „Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung, von Rudolf Henle."

§ 1.

Ziel und Wesen der Vollstreckungsgegenklage

1. Allgemeines

Geschichtliches

Die Bedeutung und den Charakter der im Wege der Klage nach § 767 ZPO. vorbringbaren Einwendungen der Anfechtung und der Aufrechnung können wir nur voll erfassen, wenn wir uns über das Wesen und Ziel der Zwangsvollstreckung selbst, gegen die ja die genannte Klage gerichtet ist, Klarheit verschaffen.

Schon im römischen Recht war die Zwangsvollstreckung ein vom eigentlichen Rechtsstreit völlig getrenntes, anders geartetes Verfahren. Sie war nicht Aufgabe des iudex, wie die Durchführung des Prozesses, sie gehörte vielmehr zum Pflichtenkreis des Magistrats. Vor dem Magistrat erhob der Kläger nunmehr die actio iudicati, deren Klagegrund die neue „Obligation" auf iudicatum facere oportere bildete.[1]) Diese gleichen Gesichtspunkte walten auch noch heute.

Hauptziel der Zwangsvollstreckung ist weiterhin naturgemäß schnelle und energische Befriedigung des Gläubigers; alles schikanöse und verspätete Vorbringen muß hier grundsätzlich ausgeschaltet und jede Verschleppung unmöglich sein.[2])

Ferner richten sich sowohl nach der alten Zivilprozeßordnung (§ 686) sowie auch nach der neuen Zivilprozeßordnung (§ 767) die dort geregelten Klagen zwar wohl auch gegen den durch das Urteil erster Instanz festgestellten materiellen Anspruch; aber ihr eigentliches Hauptziel ist die Beseitigung des Vollstreckungstitels, die Vereitelung der aus dem Urteil möglichen Zwangsvollstreckung. [3])[4])[5])

Es soll nicht weiter an dieser Stelle darauf eingegangen werden, welchen Charakter die genannte Klage in juristisch-systematischer Hinsicht trägt.[6])[7]) Dahingestellt bleiben kann, ob es sich hier um eine negative

---

1) Jos. Scheffler, Diss. 1911 S. 4.
2) Hein, Hdb. d. Zwangsvollstr. S. 110 und § 10; = JW. 1913 Nr. 18.
3) Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchbetät. S. 16, 127.
4) RG. Bd. 75 S. 205 = RG. Bd. 100 S. 98.
5) James Goldschmidt, der Prozeß als Rechtslage, Berlin.
6) Clemens Kappes a. a. O.
7) Gaupp-Stein § 767 I 2.

Feststellungsklage hinsichtlich des Bestehens des Vollstreckungsspruches handelt, oder ob man sie besser als Formularklage, auf rechtsgestaltendes Urteil abzielend, oder um Kisch zu reden[1]) als Gestaltungsklage mit prozeßrechtlichem Inhalt bezeichnet. Auch dieser letztgenannte Verfasser hebt in Übereinstimmung mit Vorstehendem hervor, daß durch die fragliche Klage der materielle Anspruch in seinem Bestande nicht angegriffen werden könne, da doch das Urteil der letzten Instanz ordnungsmäßig ergangen sei. Sie könne sich vielmehr nur gegen die bereits abstrakt gewordenen Vollstreckungswirkungen richten. Eine wichtige Handhabe zur Erfassung des Wesens dieser Klage bietet einmal der Umstand, daß der Gerichtsstand derselben[2]) ausschließlich das Gericht erster Instanz ist. Hieraus ergibt sich, daß es sich hier um eine gesonderte selbständige Klage handelt. Andererseits kann man aber dem Wesen der Klage nur voll gerecht werden, wenn man nicht verkennt, daß doch noch ein gewisser Zusammenhang mit dem Hauptprozeß besteht; hierfür spricht z. B. daß die im Hauptprozeß erteilte Vollmacht auch für die Klage aus § 767 ZPO. noch weiterhin gilt (§ 81 ZPO.). Zusammenfassend ist als das einzige Ziel der Vollstreckungsgegenklage anzusehen, die Vollstreckungswirkungen dem materiellen Anspruch, die bereits unabhängig vom Urteil bestehen, auf Grund materieller Veränderung des Hauptanspruches zu entziehen.

2. Der Begriff der Einwendung im Sinne der Vollstreckungsgegenklage; die Zulässigkeit ihres Vorbringens.

Unter dem Begriff der Einwendung im Sinne der Klage aus § 767 ZPO. fallen hier im weitesten Sinne — dieses ist allgemein anerkannt — [3])[4])[5]) all' die Umstände, die den Anspruch zum Erlöschen bringen oder tilgen. Es sind dies alle Einwendungen, die dem Anspruch des Gläubigers endgültig oder auf Zeit entgegenstehen, es ist dies alles Vorbringen[6]) das den Anspruch ganz oder teilweise tilgt.

Unter den Gründen der Einwendung im Sinne des § 767 ZPO. versteht man die Tatsachen generell, auf denen sie beruhen.[7]) Entstanden ist also eine Einwendung dann, wenn der letzte Grund derselben eingetreten bezw. entstanden ist, gemäß § 767 ZPO.

---

[1]) cfr. Loth. Seuff. § 767 Nr. 1 a u. b = Wilh. Kisch, a. a. O. S. 165 Falkmann a. a. O. S. 383.

[2]) Geib a. a. O.

[3]) Hellw.-Oertmann, Abt.: Zwangsvollstr. „System des Deutschen Ziv. Pr. Rechts = Wilmowsky-Levy § 686 ZPO. = H. Schmidt 1887 a. a. O.

[4]) Gaupp-Stein § 767 II, I.

[5]) RG. Bd. 44 S. 364 = Hamburg Hanseat. Gerichtsz. 34 S. 109.

[6]) Förster-Kann § 767 II 1 u. 2. = Loth. Seuff. Kom. z. ZPO. § 767 Nr. 2 Sydow-Busch zu § 767 Nr. 2.

[7]) Loth. Seuff. § 767 Nr. 3 a. Abs. 1 Kom. z. ZPO. 11. Aufl. München 1911.

3. Die Zulässigkeit des Vorbringens der fraglichen Einwendungen.

a) Allgemeine gesetzliche Voraussetzungen.

Nach endgültiger Regelung ist als Entstehungszeitpunkt der fraglichen zulässigen Einwendungen der Schluß der mündlichen Verhandlung anzusehen. Dieser Zeitpunkt ist auch nach der geschichtlichen Entwickelung von jeher als der entsprechende Stichzeitpunkt angesehen worden. — Schon im römischen Recht gab es unter den peremptorischen Einreden gegenüber der actio iudicati iudicatum solvi oportere, dem Anspruch auf Erfüllung des Judikats, solche Einreden, die erst nach dem Urteil entstanden.[1]) Schon bei dem jüngsten Reichstagsabschied von 1654 unterschied man hinsichtlich des Entstehungszeitpunktes erheblicher Einwendungen, solche, die nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden waren, von anderen.[2]) Er war der Stichzeitpunkt des Entwurfs der ZPO. von 1874 sowie der Prozeßordnung von Oldenburg Art. 343 § 2.

„Geschlossen" ist die mündliche Verhandlung — es handelt sich hierbei immer um die Verhandlung in der Instanz, in der der Prozeß schwebt — dann, wenn der Vorsitzende zum Ausdruck bringt, daß der Prozeßstoff genügend erörtert und zur Entscheidung reif ist. (cfr. §§ 220 und 249 ZPO.[3]) Ein Schluß durch ausdrückliche Erklärung ist hierbei nicht erforderlich:

Schwebt der Rechtsstreit in erster Instanz, so handelt es sich um den Schluß der Verhandlung dieser Instanz. Bei ordnungsmäßig eingelegter Berufung[4]) ist der maßgebliche Zeitpunkt naturgemäß der Schluß der Verhandlung der zweiten Instanz;[5]) bei späterhin aber erfolgter Zurücknahme der Berufung gilt wiederum als Stichzeitpunkt der Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz. Die Verhandlung vor dem Revisionsgericht ist hinsichtlich dieser Frage unerheblich, da neue Einwendungen und Verteidigungsmittel hier sowieso nicht mehr vorgebracht werden können.[6]) Hinsichtlich des bedingten Endurteils ist nach Erlaß desselben das Vorbringen von Einwendungen nicht mehr gestattet. Als Stichzeitpunkt[7])[8]) ist demgemäß der Schluß der Verhandlung auf die dasselbe hin erlassen wird, anzusehen. Diese Regelung rechtfertigt sich aus der ganzen Natur des Nachverfahrens. Es wäre unangängig,[9]) daß der Schwurpflichtige auch im Nachverfahren noch Einwendungen erheben könnte. Der Schwurpflichtige würde dann immer neue Einwendungen finden; dies wäre ein unhaltbarer

---

1) Wetzell a. a. O. S. 601.
2) Kappes a. a. O. S. 18 u. 20. - s. auch Hahn S. 438 Materialien.
3) Gaupp-Stein a. a. O. § 136 IV.
4) Loth. Seuff. a. a. O. § 767 Nr. 3 Abs. 2. Hellwig-Oertmann a. a. O. § 287 Nr. 5 c.
5) Motive zur ZPO. S. 30.
6) RG. Bd. 17 S. 31.
7) OLG. Entscheidung Bd. 14 S. 162.
8) Wilmowsky-Levy a. a. O. S. 588.
9) RG. Bd. 17 S. 31.

Zustand. Das bedingte Endurteil müßte dann entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers als Zwischenurteil angesehen werden. Gegenstand des Nachverfahrens sind aber lediglich die Eidesleistung und der Ausspruch der Folgen durch Endurteil.

Eine ganz andere Regelung hinsichtlich dieser Frage ergibt sich für die Vorbehaltsurteile des Urkunden- und Wechselprozesses. (§ 302 in Verbindung mit § 592 insbes. § 599 ZPO.) In diesem Verfahren sollen ja gerade dem Verurteilten seine Rechte vorbehalten werden. Maßgeblich ist also der Schluß der Verhandlung des Nachverfahrens. Lediglich wenn kein Nachverfahren stattfindet, ist der Schluß der mündlichen Verhandlung vor Erläß des Vorbehaltsurteils maßgebend. Das gleiche gilt grundsätzlich für eine Vorabentscheidung über den Grund eines Anspruchs hinsichtlich der später noch vorbringbaren Einwendungen. (§ 304 III Gaupp-Stein.) [1]) An sich sind jedoch nur die Einwendungen noch zulässig, die den Bestand des Anspruchs an sich weder ganz noch teilweise betreffen. Insbesondere muß nach ständiger Praxis (siehe die an der erwähnten Stelle von Gaupp-Stein angegebene Literatur) die Einwendung der Aufrechnung bei der Vorabentscheidung miterledigt werden.[2]) Bei dem Wiederaufnahmeverfahren ist es hier darauf abzustellen, ob dasselbe zugelassen war oder nicht. Im ersteren Falle ist die mündliche Verhandlung vor dem Wiederaufnahmeverfahren maßgeblich; im letzeren Falle kommt es auf die letzte mündliche Verhandlung vor dem angefochtenen Urteile an. In dem nunmehr aufgehobenen, vorbereitenden Verfahren früherer Regelung der ZPO. war als Stichzeitpunkt gemäß § 767 ZPO. der Schluß des vorbereitenden Verfahrens selbst anzusehen. Kennzeichnend für den Abschluß des Verfahrens ist die Schließung des Protokolls durch den beauftragten Richter, dessen Verfahren ein einheitliches Ganzes bildet. Von einem Schluß kann hier nicht geredet werden, wenn dieses Verfahren vorzeitig abgebrochen wird.

Hinsichtlich der ausländischen Urteile ist es streitig, was als Schluß der letzten mündlichen Verhandlung anzusehen ist.[3]) Stein hält zwar grundsätzlich den Erlaß des ausländischen Urteils für maßgebend; aber er legt das Schwergewicht auf die besondere Art des Verfahrens nach § 723 ZPO. Danach können auch im Nachverfahren noch Einwendungen gegen den materiellen Anspruch einschließlich der Aufrechnung geltend gemacht werden; bereits hier handelt es sich aber nicht um eine Nachprüfung der Gesetzmäßigkeit der ausländischen Entscheidung sondern lediglich um eine Abwehr gegenüber der Vollstreckungswirkung. Es wird somit hier nicht nochmals über den Anspruch entschieden, es findet hier lediglich ein Ausspruch über die Vollstreckungswirkungen statt. Seiner Auffassung gemäß kommt somit Gaupp-Stein zu dem Ergebnis, daß allerdings der Berechtigte

---

[1]) siehe auch Gaupp-Stein, ält. Ausgabe § 304 I, 2 Abs. 2 und die unter Anm. 22 cit. Literatur.

[2]) wie oben Gaupp-Stein.

[3]) Gaupp-Stein § 767 II 2 Abs. 2 und § 723 I 2 z. ZPO. cfr. Hellwig hierzu der a. M. („Anspruch" 172 ff — „Lehrbuch" I 128)

bereits die nach Erlaß des ausländischen Urteils entstandenen Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegenüber dem Vollstreckungsurteil geltend machen könne; lediglich aber die nach Erlaß des Vollstreckungsurteils entstandenen Einwendungen müsse er gemäß §767 ZPO. vorbringen. — Einen entgegengesetzten Standpunkt vertritt Loth. Seuffert, der es darauf abstellt, ob die fragliche Einwendung im Verfahren auf Erteilung des Vollstreckungsurteiles vorgebracht werden konnte. Nach ihm ist also Stichzeitpunkt [1][2]) der Schluß der mündlichen Verhandlung der Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils. Diese Auffassung erscheint mir die richtigere. Sie entspricht dem eigentlichen, bereits dargelegten Ziele der Zwangsvollstreckung sowie dem Sinne des § 767 ZPO. der alles vorbringbare ausschließen will. Einen entsprechenden Standpunkt nimmt Seuffert für das Verfahren auf Erlassung des Schiedsbeschlusses — des früheren Schiedsurteiles — ein. Danach sind lediglich die nach Erlaß des Schiedsbeschlusses entstandenen Einwendungen gemäß § 767 ZPO. vorbringbar.

In Übereinstimmung mit der R.G. Entscheidung Bd. 61 S. 496 (R.G. 7. Zivilsenat vom 29. 9. 1916) können ebenfalls nach Gaupp-Stein jene Einwendungen, die nach Abschluß des schiedsrichterlichen Verfahrens entstanden sind, gemäß § 767 ZPO. vorgebracht werden.[3]) Über das Bestehen des Anspruchs kann ja in dem Verfahren auf Erteilung der Vollstreckbarkeit — hierzu wäre ja eine obligatorische mündliche Verhandlung erforderlich — nicht entschieden werden. Daher rechtfertigt sich diese Stellungnahme.

Die fraglichen Einwendungen werden in erster Linie, dies ist der häufigste Fall, zur Abwehr der Vollstreckungswirkungen der regelrechten Prozeßurteile im Wege der Klage aus § 767 ZPO. verwandt. Jedoch dienen sie auch in gleichartiger Weise im Rahmen von § 767 ZPO. zur Abwehr der Vollstreckungswirkungen anderer, so der im § 794 ZPO. angeführten Titel, falls hier Einwendungen gegen den zugrunde liegenden materiellen Anspruch geltend gemacht werden. Jedoch bestehen hier bemerkenswerte Besonderheiten. Betreffend den in § 794 Nr. 2 ZPO. angeführten Vergleich sowie der vollstreckbaren Urkunde (Nr. 5) findet sich eine entsprechende Beschränkung hinsichtlich des Entstehungszeitpunktes, nämlich dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, nicht. Bei der vollstreckbaren Urkunde[4]) ist dies definitiv in § 794 ZPO. festgelegt.[5]) Beim Vergleich kommt eine derartige Beschränkung deshalb nicht in Frage, weil die fragliche beschränkende Vorschrift des § 767 Abs. 2 in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rechtskraft des Urteils — wie noch eingehend dargelegt werden wird — steht. Dem Vergleich kann aber, da die Mitwirkung des Gerichtes sich hier auf die blose Entgegen-

---

1) § 723 I 2 c
2) Loth. Seuff. zu § 1042 ZPO. Nr. 2 d
3) Gaupp-Stein § 1042 VII
4) Gaupp-Stein § 795 II 5
5) Lang a. a. O. S. 102 a. a. O. etc. — cfr. Alfons David S. 75 u. 90 etc.

nahme und Beurkundung der Parteierklärungen bezieht, eine Rechtskraftswirkung nicht zukommen. Als Entstehungszeitpunkt für Einwendungen gemäß § 767 ZPO., gegen die unter § 794 Nr. 3 angeführten Entscheidungen, ist der Erlaß derselben maßgebend. Beim Arrest und der einstweiligen Verfügung kann ein Ausschlußzeitpunkt hinsichtlich des Entstandenseins zulässiger Einwendungen, wie der im § 767 Abs. 2 angeführte, überhaupt nicht in Frage kommen. Gemäß § 927 ZPO. kann nämlich in Folge veränderter Umstände der Arrest jederzeit zur Aufhebung gebracht werden. Arrest und einstweilige Verfügung scheiden zudem[1]) als Endscheidungsgrundlage für die Klage aus § 767 deshalb aus, da in ihnen kein eigentlicher Anspruch festgestellt wird. Somit findet eine Beschränkung, wie sie der § 767 Abs. 2 ZPO. vorsieht, hinsichtlich des Vorbringens der in Frage stehenden Einwendungen hier nicht statt.

Beim Vollstreckungsbefehl ist der kritische Zeitpunkt für das Entstandensein zulässiger Einwendungen, die auf Betreiben des Gläubigers im Parteibetrieb (§ 166 ff ZPO.) erfolgende Zustellung an den Schuldner.[2])

Auch die Eintragung in die Konkurstabelle stellt einen Titel dar, gegen den die Einwendungen der Aufrechnung und Anfechtung im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden können;[3])[4]) wirkt ja doch die Eintragung in die Tabelle wie ein rechtskräftiges Urteil (cfr. § 145 K.O.). Maßgeblicher Zeitpunkt ist hier die Abhaltung des Prüfungstermines.

Auch hinsichtlich erlassener Kostenfestsetzungsbeschlüsse ist die Klage aus § 767 ZPO., möge es sich nun um einen selbständigen Kostenfestsetzungsbeschluß, oder falls dieser auf das Urteil gesetzt ist, gemäß § 105 ZPO. um einen einheitlichen Vollstreckungstitel mit dem Urteil handeln, zulässig. Im voraufgehenden Kostenfestsetzungsverfahren können ja Einwendungen, wie die hier in Frage stehenden gegen den Erstattungsanspruch nicht berücksichtigt werden; wird doch in diesem Verfahren allein über die Kostenhöhe entschieden. Danach bleibt lediglich die Vorbringbarkeit dieser Einwendung gegenüber der Vollstreckung im Wege der Vollstreckungsgegenklage.[5])[6])

Besonders zu erwähnen ist weiterhin der Fall, in dem trotz ergangenen Urteils die Vorbringbarkeit entsprechender Einwendungen unzulässig ist. Hat sich nämlich der auf Grund des Urteils festgestellte Anspruch gemäß § 283 BGB. in einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung umgewandelt, so kann der Schuldner aus dem ursprünglichen Vertrag hergeleitete Einwendungen gegen seine Leistungs-

1) Gaupp-Stein § 927 I und § 938 III
2) derselbe, § 796 II; Stein-Jonas (1926) zu § 699 V ZPO. — Hellwig, „Anspruch . . .“ S. 151 Nr. 21
3) Warneyer ZPO. § 767 II Abs. 2 — Lang, Aufrechnungsrecht S. 102 ff
4) Jäger a. a. O Bd. II § 145 Anm. 11, § 53 Anm. 25
5) Gaupp-Stein § 795 ZPO. und § 104 II Nr. 5, § 105 Nr. 1 a
6) Loth. Seuff. Bd. I S. 175, cfr. auch die dort angegebene Literatur.

pflicht, auch solche, die erst nach dem im § 767 Abs. 2 angegebenen Zeitpunkt entstanden sind, grundsätzlich nicht mehr geltend machen.[1]) Die gleiche Stellungnahme ergibt sich auch aus der RG. Entscheidung im 107. Bande S. 233 (Entscheidung vom 8. 4. 23 II. Zivilsenat). Das Reichsgericht rechtfertigt seine Stellungnahme damit, daß ja gerade das Ziel des § 283 BGB. sei, der als Ergänzung des § 893 ZPO. aufzufassen sei, dem Gläubiger eine erhebliche Erleichterung zu gewähren, indem er seinen Erfüllungsanspruch in einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung umwandeln könne.

Insoweit der Einspruch gegen die erlassene Entscheidung noch möglich ist, können gemäß § 767 Abs. 2 ZPO. Einwendungen überhaupt nicht mehr vorgebracht werden.[2]) Fernerhin ist streitig gewesen, ob nicht die Zulässigkeit der Berufung die fragliche Klage auch ausschließen solle.[3]) Der Entwurf I sowie der Entwurf III zum BGB. haben im § 635 eine entsprechende Vorschrift gehabt. Aber die Kommission des Reichstages hat sich schon bei Abfassung der Reichsjustizgesetze auf den noch heute herrschenden Standpunkt gestellt, daß die Klage aus § 767 ZPO. neben der Berufung zulässig sein solle; man wollte nämlich nicht den Schuldner nötigen, sich einen Anwalt zu bestellen. Da andernfalls ihm lediglich die Berufung offen gestanden hätte, wäre er, da in dieser Instanz ja Anwaltzwang herrscht, hierzu genötigt gewesen.[4])

Die Geltendmachung der in Frage stehenden Einwendungen im Wege der Klage aus § 767 ZPO. ist bereits zulässig, bevor die Zwangsvollstreckung begonnen hat, denn sie bezweckt nicht lediglich die Beseitigung der konkreten Vollstreckungsmaßregeln,[5])[6]) sondern vielmehr die Aufhebung der Vollstreckbarkeit überhaupt. Maßgebend ist hierbei lediglich, das Interesse an der Erhebung der Klage; eine Notwendigkeit und ein Bedürfnis bestehen nach überwiegender Ansicht bereits vom Erlaß des Titels ab.

Die Klage kommt aber nicht mehr in Frage, wenn die Zwangsvollstreckung beendet und die Befriedigung erfolgt ist. Wann dieses erfolgt ist, im einzelnen darzulegen, ist nicht Aufgabe dieses Themas. Diese Regelung hat ihren Grund darin, daß die fragliche Klage keinen Rückerstattungsanspruch verwirklichen will.[7])

b) **Die Würdigung besonderer Gesichtspunkte. Die Bedeutung der Rechtskraft im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage.**

Die Bedeutung der im § 767 Abs. 2 ZPO. festgelegten Beschränkung hinsichtlich der Vorbringbarkeit weiterer Einwendungen, kann nur voll erfaßt werden, wenn ihr Verhältnis zu dem Rechtsinstitut

---

1) R.G.C. § 283 Nr. 3 am Ende (Jahrg. 1928).
2) Loth. Seuff. a. a. O. § 767 Nr. 3 Abs. 2; Nr. 4 b.
3) Clemens Kappes a. a. O. S. 9 Anm. 3.
4) derselbe wie oben.
5) Gaupp-Stein § 767 III = Seuffert a. a. O. § 767 Nr. 6.
6) R.G.J.W. 1895 S. 507.
7) O.L.G. Bd. 18 S. 404.

der Rechtskraft restlos klargelegt wird. Die fragliche Einschränkung stellt sich geradezu als ein Ausfluß des Systems der Rechtskraft dar. Will doch die Rechtskraft das gesamte[1]) in der Instanz vorbringbare Material ausschließen. Diese Auffassung findet im wesentlichen ihre Stütze auch in der geschichtlichen Entwicklung selbst:

Dieses Prinzip der endgültigen Regelung des Streitstoffes beherrschte den römischen Urprozeß, der insoweit dem germanischen Prozeß gleichartig war. Im römischen Recht galt der Satz: „ne bis de eadem re sit actio". Eine mittels Formel erteilte actio wurde nicht nochmals gegeben. Das im Spätrom freier gestaltete Prinzip der Rechtskraft entsprach noch mehr dem Prinzip der Rechtskraft heutiger Auffassung. Man erkannte damals mehr und mehr hinsichtlich der Zulässigkeit weiteren Vorbringens einen der heutigen Regelung gleichartigen Ausschlußzeitpunkt an.[2]) Man übertrug die mit dem Zeitpunkt des Vorbringens des germanischen Beweisangebotes eintretende Ausschlußwirkung auf den Zeitpunkt, in welchem das richterliche Beweisurteil zu erlassen war. Mit den Bestrebungen, den Zeitpunkt der Beweisantretung als Ausschlußzeitpunkt für alles nachträgliche Vorbringen zu beseitigen, kam der Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft, dessen Vorläufer so das Konsumptionsprinzip war, allmählich zur Geltung. Es sei in diesem Zusammenhange auch auf den § 293, (alte ZPO.), der mit dem § 322 übereinstimmt, verwiesen. Einen nicht unbeachtlichen Fingerzeig bei der Prüfung der Frage des ganzen Ausmaßes der Rechtskraftwirkungen bietet die Tatsache, daß nach weit verbreiteter gemeinrechtlicher Auffassung (so Savigny Syst. d. heut. röm. Rechts Bd. VI §§ 291, 294, 298, 299) die in den Gründen enthaltenen Elemente des Urteils[3]) in Rechtskraft erwachsen. Die Elemente sind hier Entscheidungen über die den Anspruch bedingenden Rechtsverhältnisse. Doch wurde diese Auffassung bereits im gemeinen Recht bekämpft,[4]) und auch überwiegend von der allerdings schwankenden preußischen Praxis abgelehnt.[5]) — Danach ist rechtskräftig nur über das, was im Tenor steht, und über die Ansprüche, die unmittelbar Gegenstand des Rechtsstreits gewesen sind, entschieden worden.[6]) Die Begründung des Entwurfs der ZPO. hat dann eine Beschränkung des Umfanges der Rechtskraft im Sinne der angeführten Entscheidung des Preußischen Obertribunals erstrebt.[7]) Nach maßgeblicher Auffassung[8]) bewirkt die Rechtskraft hinsichtlich aller klagebegründenden Tatsachen, Einredetatsachen und Einrederechten, eine Abschneidung des gesamten vorgebrachten Prozeßstoffes in

---

1) Rich. Schmidt a. a. O. S. 529 1. Aufl.
2) Schmidt S. 530, 531.
3) Loth. Seuffert § 322 ZPO. Nr. 3 a.
4) Wetzell a a. O, (Ed. II S. 518, 520, 532, 539); Unger („Syst. d. allg. österreich. Priv. Rechts II S. 615—649 insbes. S. 639—640).
5) Preuß. Obertribunal vom 16. 10 48. (Entsch. Bd. 17 S. 462; Hahn, Materialien zur ZPO.; Begründg. des Entw. § 283, S. 290—292. Abt. I.
6) Hahn wie zuvor S. 291: ähnlich die französ. Doktrin und Praxis.
7) Hahn S. 291.
8) Gaupp-Stein zu § 322 ZPO. V. VI. u. VIII.

Hinsicht auf die erlassene Entscheidung. Es ist danach somit verboten, den festgestellten Tatbestand anders zu würdigen, eine abweichende Feststellung vorzunehmen. Dies gilt naturgemäß nur insoweit (Schmidt S. 535 zu § 322 ZPO.) als über den Anspruch der Klage oder Widerklage entschieden worden ist. Somit wird einer dringenden Notwendigkeit des Rechtsfriedens Genüge getan, indem eine endgültige, grundsätzlich unabänderliche Entscheidung[1]) hinsichtlich einer zwischen den Prozeßparteien streitigen Frage erziehlt wird. Es wäre auch ein unerträglicher Zustand, wenn unter irgend einem Gesichtspunkte derselbe Prozeß immer wieder erneut aufgerollt werden könnte. Die Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens wäre für den Gegner Schikane, zumal besonders[2]) unter einfachen Verhältnissen die Führung eines Prozesses eine einschneidende Operation ist. Dieses Bedürfnis nach endgüldiger Regelung ist so groß und zwingend, daß als das kleinere Übel die sich hieraus ergebende Verewigung von gelegentlichen Fehlsprüchen mit in Kauf genommen wird und werden muß. Das Ausmaß der Wirkungen der Rechtskraft kennzeichnet Seuffert,[3])[4]) indem er von Reflexwirkungen redet; und Gaupp-Stein erläutert den Begriff der Rechtskraft dahin, daß durch die Entscheidung eine Bindung hinsichtlich der durch diese bestimmten Rechtsfolge eintrete. Nach Sydow-Busch ist durch die endgültige Entscheidung all das rechtskräftig entschieden, was entschieden werden soll.[5])

Dieses zuvor entwickelte Prinzip der Rechtskraft herrscht grundsätzlich unbeschränkt, und unter diesem Gesichtspunkt allein sind auch die in dem § 767 ZPO. Abs. 2 ausgesprochenen Ausschlußwirkungen zu würdigen, die eine Folgerung des Prinzips darstellen. Eine Berechtigung, dieses Prinzip nur in abgeschwächter Bedeutung grundsätzlich hier im Rahmen des § 767 Abs. 2 zur Geltung zu bringen, rechtfertigt sich auch nicht aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber in verschiedenen Fällen in der Zivilprozeßordnung eine Durchbrechung des genannten Rechtsgrundsatzes zugelassen hat. Der Fall der Rechtsnachfolge, wo der Nachfolger gemäß § 325 ZPO. (cfr. auch §§ 727 ZPO. ff.) in die Machtstellung des Vorgängers eintritt, stellt keine Durchbrechung, sondern eine folgerichtige Anwendung des Prinzipes dar;[6])[7]) die Rechtskraftwirkung wird auch hier auf Dritte erweitert.

[8])Auch daß das Urteil unter Umständen mit Rechtskraftswirkung gegenüber Dritten wie dem Nebenintervenienten ausgestattet ist, spricht eher für eine Erweiterung des Machtbereichs der Rechtskraft, als für eine Beschränkung; zudem sind für diese Regelung besondere prozeßtechnische Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend gewesen.

---

[1]) Schmidt S. 529, 571 und Gaupp-Stein zu 322.
[2]) Schmidt S. 529.
[3]) Loth. Seuffert zu § 322 ZPO. Nr. 3 ff.
[4]) Gaupp-Stein zu § 322 V Abs. 2.
[5]) Sydow-Busch zu § 322 Anm. 3.
[6]) Schmidt a. a. O. 1. Aufl. S. 829, 842, 844.
[7]) Seuffert zu § 325 ZPO. Nr. 4; Gaupp-Stein zu § 325 ZPO. Nr. 1
[8]) Gaupp-Stein VI Nr. 4 zu § 325.

Zwar stellen Restitutions- und Nichtigkeitsklage Durchbrechungen des Prinzips der Rechtskraft dar. Doch handelt es sich hier um besonders geartete Fälle, die zu einem weitergehenderen, allgemeineren Schlusse nicht berechtigen. Lediglich aus zwingenden Billigkeitserwägungen hat der Gesetzgeber im Falle des Vorliegens schwerer Verstöße oder grundsätzlicher Verfahrensmängel etc. eine derartige Regelung getroffen.

Nicht geschmälert wird weiterhin die Macht des Rechtskraftsprinzipes dadurch, daß dieser Rechtsgrundsatz auch in den §§ 323 und 324 ZPO. durchbrochen erscheint.[1])[2]) Im Falle des § 323 ZPO. handelt es sich um eine inhaltliche Veränderung des identischen Anspruches infolge der Veränderung tatsächlicher Verhältnisse, die in ihrer Feststellung aber von der Rechtskraft der fraglichen endgültigen Entscheidung mitergriffen wurden. Unter den entsprechenden Umständen würde aber eine Durchführung und Aufrechterhaltung des Rechtsausspruches ganz besonders unbillig sein. Allgemein herrschend ist die Auffassung, daß es sich hier um einen ausgesprochenen Ausnahmefall handelt.[3]) Ebenso liegt es hinsichtlich der Regelung des § 324 ZPO. Auch hier rechtfertigen grundlegende Billigkeitserwägungen ausnahmsweise die Duchbrechung des Prinzipes.[4])

Auch aus dem Umstand, daß alle Nichtsachentscheidungen so die Prozeßabweisung keine Rechtskraft hinsichtlich des streitigen Anspruches erzeugen, kann gemäß den vorhin entwickelten Gesichtspunkten sowie aus auf der Hand liegenden Gründen nichts gegen den maßgeblichen Rechtsgrundsatz eingewandt werden.

Im Gegenteil, das ganze Ausmaß der Rechtskraftswirkungen ergibt sich aus dem Umstande, daß bereits während des Prozesses gewisse entsprechende Vorwirkungen zutage treten. Es sei hier besonders auf die bereits während des Prozesses gegebene Einrede der Rechthängigkeit, falls der gleiche Anspruch noch an anderer Stelle anhängig gemacht wird, hingewiesen.

Nach all diesem rechtfertigt sich der Schluß, daß das Prinzip der Rechtskraft in seinem ganzen Ausmaß grundsätzlich herrscht, und daß ferner die im § 767 Abs. 2 ausgesprochenen Ausschlußwirkungen lediglich eine unabänderliche Folgerung aus diesem Leitsatz darstellen und nur unter diesem Gesichtspunkt im Rahmen unseres Themas voll gewürdigt werden können.

Tatbestände, die erst nach der rechtskräftigen Entscheidung eintreten, werden naturgemäß von Wirkungen der Rechtskraft auch nicht mit ergriffen. Im gegebenen Falle, wo es sich um die Einwendungen der Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit handelt, ist es weiterhin streitig, ob mit der Aufrechnungs- bezw. Anfechtungserklärung erst ein endgültiger Tatbestand und eine selbständige Rechtswirkung eintreten, oder schon vorher.

---

1) Gaupp-Stein z. § 325 VIII 3, Schmidt a. a. O. S. 571 u. Seuff. z. § 579 ZPO.
2) Gaupp-Stein VIII Nr. 4 und I Nr. 3 zu § 323.
3) Sydow-Busch § 323, Seuffert zu § 323 ZPO.
4) Gaupp-Stein zu § 324 I.

Die Rechtskraftwirkungen bestehen natürlich grundsätzlich nur zwischen den Prozeßparteien. Demgemäß können auch diese an sich nur berechtigt sein, die nach § 767 ZPO. zulässigen Einwendungen klageweise vorzubringen. Bedeutsam sind aber auch die Fälle, in denen Dritte im Prozesse und für das Verfahren eine Rolle spielen:

Nur in Ausnahmefällen steht einem Dritten das Recht zur Erhebung der Vollstreckungsgegenklage zu. Nach herrschender Rechtsauffassung wird die Vollstreckungsgegenklage auch dem Rechtsnachfolger des Beklagten in den Fällen des § 767 ZPO. oder dessen entsprechender Anwendung zugebilligt.[1]) Unerheblich ist hierbei, ob die Klausel gegen den Rechtsnachfolger umgeschrieben ist. (so zutreffend Falkmann a. a. O. S. 386 § 36 Nr. 3 a, S. 387). Insbesondere kann im Rahmen von § 729 ZPO. derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft fortführt, sowie der, der entsprechend das Vermögen des Schuldners durch Vertrag mit diesem (§ 729) übernimmt, die Klage aus § 767 ZPO. erheben.

Beim Nießbrauch an einem Vermögen kann derjenige, der neben dem Schuldner als Nießbraucher zur Duldung der Vollstreckung verurteilt wurde, (§§ 737, 739 ZPO.) die Klage aus § 767 ZPO. erheben:[2]) Entsprechend ist die Sachlage, falls gemäß §§ 740, 741 ZPO. ein Urteil gegen beide Ehegatten erging.[2]) Lediglich dann hat der eine Ehegatte kein Klagerecht hier, falls das Urteil gegen den anderen Ehegatten nur erging. — Der Vater hat kein Klagrecht gemäß § 767 ZPO. wenn das Urteil gegen das Kind erging, (§ 746 ZPO.) Der Testamentsvollstrecker ist klagberechtigt, wenn und insoweit er den Nachlaß verwaltet.[3]) Sind die Erben gemäß § 747 ZPO. verurteilt worden, so kann jeder Erbe gegebenenfalls gemäß § 767 ZPO. klagen und das gegen alle Erben ergangene Urteil beseitigen lassen. Demgegenüber ist die Auffassung Kohlers (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 157, 158) als zu weitgehend abzulehnen,[3a]) Kohler billigt nach erfolgter Pfändung auch anderen „Beteiligten" die Vollstreckungsgegenklage zu mit der Begründung, daß die Forderung nicht mehr besteht. „Beteiligter" ist nach Kohler jeder, dem durch Bestand und Durchführung der Vollstreckung Abbruch geschieht.[4])

Auch in den Fällen insbesondere, in denen das Urteil gewisse Nebenwirkungen[5]) hinsichtlich der Begründung und Aufhebung der Rechte Dritter erzeugt, steht diesen Dritten die Klage aus § 767 ZPO.

---

[1]) Stein-Jonas § 767 I 3; v. Baumbach 1931 Nr. 2 Abs. 1 zu § 767 ZPO.

[2]) Falkmann a. a. O. S. 386, 387 (gemäß § 268 BGB. kann sich hier der dritte Kläger nach § 767 ZPO. nicht nur auf eine vollzogene Aufrechnung des Hauptschuldners berufen, sondern auch mit eigener Gegenforderung gegen den Gläubiger aufrechnen).

[3]) Falkmann a. a. O. S. 387.

[3a]) Zu ablehnend, Langheineken „Urteilsanspruch" S. 182.

[4]) Bayr. OBLG. Bd. 17 S. 12 billigt die Klage auch dem widersprechenden Gläubiger zu, der sein besseres Recht mit der Behauptung verfolgt, das Pfandrecht sei nicht enstanden oder wieder erloschen; § 878 ZPO. II; cfr. v. Baumbach § 767 B Anm. 3.

[5]) Kuttner „Nebenwirkungen" S. 36.

nicht zu. Wie Kuttner (S. 3, 15 ff.) eingehend darlegt, erstreckt sich in diesen Fällen die materielle Rechtskraft nicht auf den Dritten[1]) Als Beispiel für derartige Nebenwirkungen führt Kuttner den Fall des § 775 Nr. 4 BGB. an; unter den dort angegebenen Voraussetzungen (nämlich des Urteils gegen den Bürgen) entsteht der Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung.[2]) Von dem Dritten können nun die Einwendungen hinsichtlich des Urteilsanspruches beliebig[3]) geltend gemacht werden; allerdings mit der entsprechenden Beschränkung von §767 Abs. 2 ZPO., der ein allgemein gültiges Prinzip ist. Aber bei der Geltendmachung dieser Einwendungen handelt es sich ebenfalls nicht um den Klaganspruch der Vollstreckungsgegenklage von § 767 ZPO. Denn die Klage aus § 767 ZPO. richtet sich auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil; die hier erwähnten Einwendungen betreffen die materiellen Nebenwirkungen des Urteils.

Somit ist auch für diese hier angeführten Einwendungen die Vollstreckungsgegenklage nicht gegeben.

4. Die Bedeutung des § 767 Abs. 3

Sehr bestritten ist die Frage, ob und inwieweit mehrere nach § 767 zulässige Einwendungen gleichzeitig oder nacheinander vorgebracht werden können.

Die verschiedensten Auffassungen werden hier vertreten. Es herrscht in weiten Kreisen erhebliche Unklarheit. Selbst maßgebliche Wissenschaftler und Vertreter der bedeutsamsten diesbezüglichen Anschauungen sind in ihrer Stellungnahme schwankend und zum Teil widersprüchig.

Beachtenswert ist bereits die folgende Anschauung, die auf dem Boden des gemeinrechtlichen Eventualprinzips steht. Danach ist grundsätzlich, nach der für das gemeine Recht herrschenden Rechtsauffassung[4]) alles Vorbringen, das auf neuen Tatsachen fußt, ausgeschlossen, soweit es jenseits eines bestimmten Stichzeitpunktes liegt. Dieses Prinzip wird im weiten Umfange vertreten; lediglich insoweit kann ein neues Vorbringen verwertet werden, als der Gegner hierzu durch sein Verhalten Anlaß gibt. Nach dieser Anschauung ist alles Vorbringen, das im Zeitpunkt der Klagerhebung verwertet werden konnte, einfach ausgeschlossen. Die Vertreter dieser Auffassung sind sich der Verwandschaft derselben mit den entsprechenden gemeinrechtlichen Gesichtspunkten auch bewußt. So bezeichnet Schmidt den Absatz 3 des § 686 der alten ZPO.[5]) als einen Überrest des Eventualprinzips. Den gleichen

---

[1]) Kuttner S. 38, 39.

[2]) (Die Fälle, in denen ein Dritter einen Anspruch auf Gewährleistung gegen eine der Parteien hat oder umgekehrt, stellen nach Kuttner keine Nebenwirkungen dar, sie berechtigen deshalb auch aus diesem Grunde schon den Dritten nicht zur Erhebung der Klage aus § 767 ZPO.)

[3]) Kuttner S. 236.

[4]) Gruch. Bd. 29 S. 635, 648, 649 (E. Fuchs).

[5]) Schmidt, Lehrb. des Zivilp. R. zu § 686 Abs. 3.

Standpunkt vertreten Hellwig-Oertmann und andere,[1][2]) die betonen, daß alle Einwendungen gemeinsam in der Klage aus § 767 ZPO. zugleich vorgebracht werden müßten, soweit dies möglich sei. Auch Falkmann, der keinen einheitlichen Standpunkt einnimmt, und vielfach schwankt, betont, daß es in dieser Hinsicht[3]) auf die objektive Möglichkeit der Benutzung der fraglichen Einwendungen ankomme.[4]) Zur Rechtfertigung dieses Gesichtspunktes stützt sich Gaupp[5]) auf Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen. Verschleppung und Verzögerung des Prozesses, die sonst leicht eintreten könnten, müßten unter allen Umständen vermieden werden. Dieser Verfasser stellt es allerdings mehr auf die Kenntnis von dem vorzubringenden Material hinsichtlich des Eintretens der Ausschlußwirkung ab; wie ernst es ihm aber mit der Bedeutung derselben ist, geht daraus hervor, daß nach seiner Auffassung die „Praeclusion“ wie er sich ausdrückt von amtswegen zu beachten sei. Die Bedeutsamkeit dieser Gesichtspunkte verkennen auch aus Zweckmäßigkeitsgründen Loth. Seuffert und Planck[6]) nicht. Loth. Seuffert hält trotz seiner an sich anders gearteten Auffassung einen Ausschlußzeitpunkt für gerechtfertigt. Planck betont ebenfalls diese Gesichtspunkte; seine Auffassung ist aber insoweit in sich widerspruchsvoll als er nichtsdestoweniger dartut, daß auch eine Nachholung zulässig sei.[7]) Nach der Auffassung der Abhandlung in Seuff. Archiv Bd. 39 Nr. 172[8]) erscheint der § 686 geradezu auch hinsichtlich seines letzten Absatzes als eine „singulare Ausnahmebestimmung“. Zur Rechtfertigung dieser Theorie wird dabei auch auf eine Stelle in den Motiven verwiesen[9]) wo ein Abstellen auf die Schwierigkeit des Vorbringens abgelehnt wird, da man dies doch nicht beurteilen könne. Maßgeblich sind aber diejenigen Anschauungen, die bei Erörterung der streitigen Frage des § 767 Abs. 3 von den für das Prozeßrecht geltenden Gesichtspunkten und Bestimmungen über den Klagegrund und die Zulässigkeit einer späteren Veränderung desselben ausgehen.

Beide Anschauungen scheiden sich lediglich in der Beurteilung der Frage, was als Klagegrund der Klage aus § 767 ZPO. anzusehen sei. Während die einen, nämlich Erwerbs*tatsachen*, das sind die einzelnen Einwendungen hier, — als Klagegrund ansehen, betrachten die anderen als Klagegrund rechtliche, also *individualisierte* Umstände. Verschieden sind dementsprechend auch die Folgerungen, die sie hinsichtlich des Begriffs der *Klagänderung*, *ihrer* Zulässigkeit im allgemeinen, sowie hier für die Klage aus § 767 ZPO. im besonderen ziehen. Der Streit der Meinungen beruht daher im

---

1) Bd. 2 § 287.
2) Bayr. Oberstes Landesger. Bd. 39 S. 245 = Falkmann § 36 S. 389.
3) wie zuvor zit.
4) cfr. auch Seuff. zu § 767 I b ZPO.
5) § 686 IV Z.P.R.
6) Planck, Lehrb. Bd. II S. 673 = cfr. auch Bayr. Ob.L.G. Bd. 39 S 245.
7) Gaupp-Stein zu § 767 ZPO. Nr. 5.
8) Seuff. Archiv Bd. 39 Nr. 172 Bayr. Ob.L.G. v. 19. 10. 1883.
9) Falkmann a. a. O. S. 400, 401 = Motive S. 188.

wesentlichen auf der Austragung der zwischen der Substanziierungstheorie und der Individualisierungstheorie herrschenden Gegensätze. Somit erscheint eine Stellungnahme zu diesen beiden Anschauungen geboten. Es sei das Für und Wider hinsichtlich beider Auffassungen ausführlichst dargetan, um eine endgültige Stellungnahme zu rechtfertigen. Für die Substanziierungstheorie spricht folgendes:

Bereits im frühen gemeinen Recht kannte man auch die Geschichterzählung, nämlich, daß fundamentum agendi remotum neben dem Rechtsverhältnis fundamentum agendi proximum, als Klagegrund.[1]) Bereits auf dem jüngsten Reichstagsabschied v. 1654 wurden die rechtserzeugenden Tatsachen[2]) als Klagegrund anerkannt. In diesem Sinne hebt auch die vorerwähnte Abhandlung Gruch. Bd. 39 hervor, daß Tatsachen damals als Grund des Anspruches verlangt wurden; und Loth. Seuffert gibt die Herrschaft der fraglichen Theorie für das gemeine Recht zu, indem er sie als einen Ausfluß des Prinzips der Schriftlichkeit und der Eventualmaxime bezeichnet (Seuffert § 253 IV) Es wird in weitem Maße die Anschauung vertreten, daß das gemeine Recht[3]) ebenso wie die neueren Prozeßordnungen sich ununterbrochen in diesem Sinne fortentwickelt hätten. Auch die Motive neigen, — da sie die rechtserzeugenden Tatsachen als Klagegrund bezeichnen, — sie sagen sinngemäß, Klagegrund bilden diejenigen Tatsachen[4]) welche nach Maßgabe des Bürgerlichen Rechtes an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen, die rechtsbegründenden Tatsachen — der Substanziierungstheorie zu.

Auch in der gegenwärtigen Literatur und Rechtssprechung findet dieser Standpunkt grundsätzliche, weitverbreitete Anerkennung.[5])[6])[7]) Von den maßgeblichen Vertretern dieser Auffassung wird auch heute als Klagegrund die Summe der in der Klageschrift enthaltenen klagbegründenden Tatsachen angesehen. So betont das Reichsgericht sowie E. Fuchs in Gruchot Bd. 29,[8])[9]) daß es hinsichtlich des Klagegrundes vor allem auch auf die Tatsachen ankomme. Gerade Fuchs mißt der Substanziierungtheorie besondere Bedeutung bei, da er die Angabe von Tatsachen auch für dingliche Klagen verlangt. In gleicher Weise kennzeichnen Wilmowsky-Levy[10])[11]) und das Reichsgericht in seinen

---

1) Gruch Bd. 29 S. 635 u. 649.
2) Z. f. Z. Pr. Bd. 3 S. 384. ff.
3) Gaupp-Stein § 253 III 3. cfr. die §§ 34, 37, 41 J.R.A. 1654 - Gaupp-Stein w. o. Anm. 17.
4) Loth. Seuff. § 253 Nr. 2, § 690 Nr. 3, § 268 cfr. auch Lit. Ang. bei Seuffert.
5) Wilmowsky-Levy Bd. 1 S. 334 ff.
6) Wetzell a. a. O. §§ 15. u. 16.
7) Renaud § 88.
8) Gruch. Bd. 29 S. 635 insbes. 637.
9) J. W. 1902 S. 165 Nr. 12.
10) W. L. Bd. 1 S. 334 ff; ferner Sydow-Busch § 253 Nr. 4.
11) Gaupp-Stein zu § 253 Nr. 3; J. W. 1901 S. 483.

früheren Entscheidungen den Klagegrund.[1]) Das Reichsgericht bezeichnet ausdrücklich — in dem angeführten Falle handelt es sich um die Erhebung einer Eigentumsklage — als Klagegrund diejenigen Tatsachen, die den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich durch den Beklagten verletzt erscheinen lassen. Zu Recht stützt sich Gaupp-Stein bei seiner gleichartigen Auffassung[2]) auf § 331 ZPO. Abs. 1, der Substanziierung verlangt, sowie auf die §§ 592 und 614, die von dem in die Tatsachen verlegten Rechtsgrunde ausgehen. Die ZPO. habe Klageschriften nicht zulassen wollen, die nicht Grundlage eines Versäumnisurteiles gemäß § 331 ZPO. bilden könnten.[3]) Auch Schmidt[4]) hält § 253 Abs. 2 Nr. 2 und § 130 Nr. 3 ZPO. in diesem Sinne für beweiskräftig.[5])

In folgerichtiger Vertretung dieser Auffassung betrachten die Anhänger derselben als Klagegrund der Klage aus § 767 ZPO. die Summe der Erwerbstatsachen, auf die sich diese Klage stützt. Danach sind als Klagegrund die einzelnen, vorgebrachten und angegebenen Einwendungen anzusehen.

Diese Auffassung, daß die Summe der Einwendungen der Klagegrund insbesondere auch der Klage gemäß § 767 ZPO. sei, findet eine beachtliche Stütze in der geschichtlichen Entwicklung. In Übereinstimmung mit Falkmann[6]) ist festzustellen, daß die Kommentatoren des § 686 alte ZPO. den gleichen Standpunkt vertreten haben. Auch die Motive[7]) haben bei der Abfassung des § 767 ZPO. als Klagegrund lediglich die verschiedenen zugrundeliegenden Einwendungen angesehen.

Das Vorbringen neuer Einwendungen im Laufe einer Klage muß man danach auch tatsächlich der vorerwähnten Theorie folgend unbedenklich als Klageänderung, vor allem auch hinsichtlich der Klage aus § 767 ZPO. bezeichnen; da es sich hier um die Angabe neuer Erwerbsgründe handelt. Diesen Standpunkt vertritt Schmidt, der geradezu von einer unzulässigen Klageänderung redet. denn der Tatbestand werde ja in wesentlichen Punkten hier ein anderer. Der Anspruch müsse aber grundsätzlich der gleiche bleiben. Diese Auffassung entspricht auch im weiten Maße der reichsgerichtlichen Rechtsprechung,[8])[9]) die Schmidt allerdings mit Recht als schwankend bezeichnet. Getreu seiner vorhin entwickelten Auffassung hat das RG. jedenfalls verschiedentlich grundsätzlich eine Änderung der Angriffsmittel, soweit es sich um eine Änderung der sogenannten „Tatsachenbehauptung" handelt, als Klageänderung, die grundsätzlich nicht zulässig sei, bezeichnet.

---

1) RG. Bd. 10 S. 434 Nr. 142.
2) Heinsheimer, Zeitschr. f. Ziv. Pr. Bd. 38 S. 32.
3) Gaupp-Stein § 253 III 3 Anm. 21.
4) Schmidt a. a O. Lehrb. S. 390 ff.
5) der gleichen Auffassung: Hinschius Arch. f. Ziv. Praxis Bd. 47 S. 101.
6) Falkmann „Zwangsvollstreckung" S. 145 Anm. 22. S. 398, 399 etc.
7) Motive S. 408.
8) S. 855 a. a. O.
9) cfr. Schmidt w. o.

Es sei hier nochmals erneut auf die RG. Entscheidungen im 10. und 11. Bande[1][2]) verwiesen, wo die Geltendmachung eines neuen Erwerbsgrundes hinsichtlich eines dinglichen Rechtes als Klageänderung bezeichnet wird. Auch weiterhin hat das RG., wobei es ausdrücklich auf die Auffassung der Motive Bezug nimmt, die bereits zuvor genauer dargelegt worden ist, eine Tatsachenänderung als Klageänderung bezeichnet. Auch im übrigen findet diese Auffassung weitverbreitete Billigung. Sie findet ihre Zustimmung durch das RG. in Seufferts Archiv Bd. 39,[3]) wo allerdings betont wird, daß sich aus der ZPO. nur negative Merkmale für die Begriffsbestimmungen der Klagänderung ergäben (cfr. insbesondere die §§ 235, 240, 293, 489 ZPO.). Ebenso äußert sich die unten citierte Abhandlung in Warneyer Nr. 258, wo in Erwähnung eines entsprechenden Falles einer dinglichen Klage betont wird, daß der sogenannte Grundsatz der „expressa causa" maßgebend sei. Bedeutsam sind weiterhin die hiermit übereinstimmenden Ausführungen von Gaupp-Stein, der eine Veränderung der den Klagegrund bildenden Tatsachen dann als Klageänderung bezeichnet, wenn der Tatbestand ein anderer werde und die Verteidigung sich ändert. Nach ihm wird der Begriff der Klageänderung aus dem der Klage bestimmt. Auch Förster-Kann[4]) kommt in Anlehnung an die Substanziierungstheorie zu einem entsprechenden Standpunkt[5]). Er hält deshalb die Gedankengänge der Individualisierungstheorie hier nicht für verwertbar, da man sonst die Frage der Klagänderung aus dem Prozesse in das materielle Recht verschieben würde. Auch Petersen-Anger,[6]) der grundsätzlich einen abweichenden Standpunkt vertritt, bezeichnet aber jedenfalls in Bestätigung des hier Ausgeführten den Übergang von einer Konkursanfechtung der §§ 30—32 zu einer Anfechtung gemäß § 3 des Anfechtungsgesetzes als Klageänderung. Zu prüfen wäre aber weiterhin die Frage, ob und inwieweit es sich hier um eine unzulässige Klagänderung handelt.

Nach den, den Vorschriften der Klageänderung zugrundeliegenden Gesichtspunkte kann es grundsätzlich keinem Zweifel unterliegen, daß alle wechselnde, zögernde und verschleppende (cfr. die §§ 264, 268, 270, 527, sowie Abs. 3 vom § 767 ZPO. selbst) Prozeßführung, jeder Wechsel in der Angriffsweise[7]) nach Möglichkeit beschränkt und Gleichmäßigkeit gewahrt werden soll. Diesem Leitsatz widerspricht auch nicht der Umstand, daß man eine Klagänderung dann nicht verweigern könne, wenn der Kläger Tatsachen aufgreift, die sich aus dem Vorbringen des Beklagten ergeben. Eine Verweigerung der

---

[1][2]) RG. Bd. 10 S. 434, Bd. 11 S. 224 — RG. Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 161 — Bd. 10 RG. S. 395 — Bd. 7 S. 417 — Bd. 54 RG. Seuff. Arch. S. 343 Nr. 184

[3]) RG. III. Zivilsen. 4. 1. 1884 Seuff. Arch. Bd. 39 S. 213/214 Nr. 145

[4]) Förster-Kann a. a. O. Bd. 1 zu § 268 Nr. 2a

[5]) Warneyer Nr. 258 S. 305 1913 — RG. Bd. 14 S. 28 — Petersen-Anger zu § 268 II Nr. 4

[6]) Petersen-Anger zu § 268 a. a. O. II Nr. 4

[7]) Schmidt S. 852 a. a. O.

Klageänderung würde hier im Regelfall allerdings Schikane darstellen.[1]) Eine Schikane würde in der Verweigerung lediglich dann nicht liegen, wenn die ursprüngliche Klage zur Entscheidung reif ist, während die neue aus der Sachdarstellung des Beklagten geschöpfte Begründung zu schwierigeren Erörterungen führen kann;[2]) die Verweigerung wäre ferner dann nicht schikanös, wenn dem Kläger die Tatsachen, auf die die Klageänderung gegründet wird, sowie ihre Erheblichkeit bei Klageerhebung bekannt waren.[3])

Bei der Prüfung der Frage, inwieweit eine Klageänderung zuzulassen sei, kann weiterhin auch nicht außer acht gelassen werden, daß man schon deshalb nicht so engherzig vorgehen könne,[4]) da man sonst immer wieder neue Klagen zu erwarten habe.

Entsprechend ihrer Auffassung hinsichtlich der Bedeutung von Klagegrund und Klageänderung haben die Vertreter der Substanzierungstheorie auch hier eine folgerichtige Stellung zu der Streitfrage des § 767 Abs. 3 insbesondere eingenommen.

Auch sie stützen sich auf den geschichtlichen Werdegang des heutigen Prozeßrechts. So heißt es bereits[5]) in den Verhandlungen der Norddeutschen Kommission, daß die Zulässigkeit neuerer Einwendungen sich hier nach „Allgemeinen Grundsätzen" regele. Man betonte weiterhin, indem man sich die letztens auch für die Substanzierung maßgeblichen Billigkeitserwägungen zu eigen machte, deren Folgerung ja auch die Beschränkung einer Klageänderung ist, daß die Energie der Vollstreckung leiden würde, falls der Excepient nicht sogleich bindend die betreffenden Einwendungen zu bezeichnen habe. Grundsätzlich vertrat die Mehrheit damals den Standpunkt, daß alle Einwendungen, die bekannt waren, oder es sein mußten, gleichzeitig in der Klage anzugeben seien. Eine grundsätzlich gleiche Stellungnahme bringen auch die Motive[6]) zum Ausdruck. Wörtlich heißt es dort: „Wenn der Schuldner klagend auftreten müsse, sei das Mittel durch Behandlung der zu erhebenden Einwendung als unabänderlicher Grund der Klage von vornherein zu fixieren und zu beschränken. Die Klageschrift müsse die unverrückbare Grundlage des Verfahrens werden." Daß die Motive aber jedenfalls unter gewissen, immerhin gleichartigen Voraussetzungen eine Klageänderung zulassen, ergibt sich daraus, daß sie[7]) eine Klageänderung dann gestatten, wenn die Parteien übereinstimmend damit einverstanden sind.

---

[1]) so Sydow-Busch zu § 264 ZPO. Nr. 1 u. 5 — Petersen-Anger § 264 Nr. 1 Abs. 2 ZPO. — OLG. Karlsruhe Rspr. Bd. 11 S. 77 insbes. 79 (9. 23. — 2. — 05), cfr. Schmidt, Lehrbuch S. 852 insbes. 853 oben.

[2]) so Förster-Kann § 264 ZPO. 2b (Jahrg. 1913)

[3]) so vor allem KG. 15. Z. Sen. (12. 5. 05.) Rspr. Bd. 11 S. 79 — and. A. Skonietzky u. Gelpke zu § 264 ZPO. Anm. 7

[4]) Schmidt, S. 852 a. a. O.

[5]) Protokolle Bd. IV S. 2002 — Falkmann, Zwangsvollstr. S. 398, 399

[6]) Motive zur ZPO. S. 408

[7]) Falkmann a. a. O. S. 399 — Motive S. 188

Danach lassen in folgerichtiger Durchführung der Substanziierungstheorie maßgebliche Vertreter der Rechtswissenschaft hier eine Klageänderung auch in Beachtung der entsprechenden zivilprozessualen Vorschriften der ZPO. in besonderer Anlehnung an den §§ 264, 268 bis 270 und 527 ZPO. zugrundeliegenden tieferen Sinn, jedoch aber nur dann zu, falls der Kläger die fraglichen Einwendungen nicht schon bei der Erhebung der Klage aus § 767 ZPO. vorbringen konnte.[1])[2]) Der Ausschluß der fraglichen Einwendung sei von amtswegen zu beachten.[3]) Der gleichartige Standpunkt findet sich in weitem Umfange auch in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Das Urteil des Bayr. Oberst. L.-Ger. vom 19. 10. 1883; Seuff. Archiv Bd. 39 S. 245 Nr. 172 hebt ausdrücklich hervor, daß jedenfalls weitere Einwendungen dann nicht vorbringbar seien, falls der Kläger sie vorher gekannt habe. Eine entsprechende Auffassung findet sich auch bei Planck S. 701[4]) Das Hanseat. Oberlandesgericht (Urteil v. 19. 1. 1882; Seuff. Arch. Bd. 37 S. 382 Nr. 279), welches davon ausgeht, daß allerdings die fragliche Klage anders wie andere Klagen zu behandeln sei, läßt trotzdem hier in diesem Umfange die vorentwickelten Klageänderungsprinzipien herrschen. Auch Loth. Seuffert verkennt nicht, daß die Rechtsprechung des RG.[5]) entsprechende Klageänderungssätze hinsichtlich der Streitfrage des § 767 Abs. 3 als maßgebend erachtet. Im gleichen Sinne äußert sich auch Gaupp-Stein, der betont, daß letzten Endes die §§ 264, 527 ZPO. usw. maßgebend seien. Eine Klageänderung wird danach aber im allgemeinen dann nicht als sachdienlich im Sinne von § 264 ZPO. angesehen werden können, falls sie der Verschleppung dient. Dieses ist wohl stets dann der Fall, wenn bekannte Einwendungen nicht verwertet werden. Diese Stellungnahme ergibt sich naturgemäß aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten. Der Nachdruck der Vollstreckung muß gesichert werden.[6]) Es soll eben jede Verschleppung gerade mit Rücksicht auf die Sonderstellung der Vollstreckungsinstanz in erster Linie verhindert werden.

Weit verbreitet ist aber auch weiterhin die Auffassung, die hinsichtlich der Vorbringbarkeit weiterer Einwendungen im Verlaufe einer nach § 767 erhobenen Klage von dem Standpunkt der Individualisierungstheorie ausgehend, zu dem entgegengesetzten wie zuvor entwickelten Ergebnis kommt:

---

[1]) Struckmann-Koch a. a. O. § 767 Anm. 6 — Falkmann S. 400 ff — Gaupp § 686 Nr. 5

[2]) cfr. auch RG. Bd. 55 S. 101 — Wilmowsky-Levy § 686 Nr. 9

[3]) Nordd. Protokolle S. 202

[4]) Planck Lehrb. a. a. O. Bd. II S. 701 — Seuff. Arch. Bd. 39 S. 245 — Reincke ZPO. 4. Aufl. — Wilmowsky-Levy zu § 686 Nr. 9 — Loth. Seuff. a. a. O.

[5]) Loth. Seuff. zu § 767 Nr. 5 — Gaupp-Stein § 767 V — Struckmann-Koch, dieser verweist insbesondere auf die §§ der alten ZPO. 235, Nr. 3 und 489, so auch Wilmowsky-Levy zu § 686 Nr. 9 — Struckmann-Koch § 767 S. 861, Anm. 6 — cfr. auch Falkmann S. 400 a. a. O. sowie Gaupp a. a. O. § 686 I OLG. Hamburg; Seuff. Arch. Bd. 37 S. 283 — OLG. Entscheidung Bd. 5 S. 451 Nr. 81.

[6]) Wilmowsky-Levy § 686 Nr. 9.

Um zu dieser Anschauung Stellung zu nehmen, müssen wir uns mit der Individualisierungstheorie, die ja die Grundlage derselben darstellt, auseinandersetzen.

Zunächst geht die Individualisierungstheorie davon aus, daß der Klagegrund nicht Tatsachen, sondern die zugrundeliegenden rechtlichen Gesichtspunkte seien.

Auch diese Auffassung rechtfertigt sich in gewisser Hinsicht aus der geschichtlichen Entwickelung. Bereits im römischen Recht erfolgte die Substanziierung[1]) nicht in iudicio sondern häufig erst mit der Beweiserhebung zusammen. In der späteren Kaiserzeit wurden die Tatsachen erst in den cognitionen = Instruktionsterminen vorgebracht; im kanonischen Prozeß des Mittelalters im besonderen Positionsverfahren unterschied man doch im gemeinen Recht jedenfalls bereits zwei Klagegründe, 1. die Geschichtserzählung = fundamentum agendi remotum und vor allem aber 2. das Rechtsverhältnis = fundamentum agendi proximum.[2]) Diese Trennung des Verfahrens,[3]) nach der in erster Linie die rechtlichen Gesichtspunkte den Klagegrund darstellten, ist auch maßgeblich für die entsprechende Regelung der Ordnung des Kammergerichts. Auch nach den von dem Reichstag von Speyer von 1570 vorgenommenen Veränderungen erfolgte die Substanziierung erst im Verlaufe des Verfahrens (cfr. §§ 88—90). Weiterhin wird die Auffassung vertreten,[4]) daß auch für die Motive die Individualisierungstheorie maßgebend gewesen sei. Der Begriff der Tatsachen und somit der Substanziierung sei dort kein fester gewesen. Nach Loth. Seuffert spricht der Umstand, daß im gemeinen Recht das tatsächliche Vorbringen geboten war, nicht gegen die Individualisierungstheorie, denn es herrschte dort ja das Prinzip der Schriftlichkeit und der Eventualmaxime. Was dort immerhin zweckmäßig sei, passe für ein mündliches Verfahren ohne Eventualmaxime noch lange nicht.

In diesem Zusammenhang muß allerdings zugegeben werden, daß auch das französische Recht[5]) die Substanziierung nicht verlangt.

Entsprechend ist auch die Ansicht der gegewärtigen Vertreter der Individualisierungstheorie.[6])[7]) Sie führen aus, daß der Grund eines Anspruchs nicht Tatsachen, sondern nur ein gesetzlicher Grund sei;[8]) wer also Tatsachen verlange, verlange den Grund vom Grunde. Die Anhänger dieser Lehre stützen ihre Auffassung auf das Gesetz selbst. Durch die infolge der Erhebung der Klage gesetzlich bedingten Gesamtwirkungen — einmal sei sie Begründungsakt des Rechtstreites, dann habe sie auch rechtliche Nachwirkungen, denn die Verjährung

---

1) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 47, Bd. 101 insbes. 117 (Hinschius).
2) Gruch (E. Fuchs, Berlin) Bd. 29 S. 635 insbes. 648, 649.
3) Arch. f. ziv. Pr. (P. Hinschius, Halle) Bd. 47 S. 101 ff, 126.
4) Loth. Seuff. ZPO. zu § 253 Nr. IVa E.
5) code de proc. Art. 61 Nr. 3.
6) Loth. Seuffert wie oben.
7) Rich Schmidt, Klageänderung S. 171.
8) E. Fuchs in Gruch. Bd. 29 S. 635, 637, insbes. S. 640/645.

werde unterbrochen, — ergebe sich deutlich, daß das Rechtliche das Bedeutsame sei. Unerheblich sei auch, daß schon deshalb zum Klagegrund eine bestimmte Angabe der Tatsachen gehöre, da sonst kein Versäumnisurteil ergehen könne, es sei eben gar nicht erforderlich, daß eine Klage so bestimmt gehalten sei, daß Versäumnisurteile oder Beweisbeschluß ergehen könnten; zudem könnten alle Tatsachen bis zum Schluß der Verhandlung nachgeholt werden. Ferner lasse § 268 Nr. 1 ZPO. ausdrücklich eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zu, ohne daß dies eine Klageänderung sei. Der beachtlichste Vertreter dieser Anschauung, Loth. Seuffert,[1]) stützt seine Auffassung auf die §§ 253 Abs. 2, 130 Nr. 3, 268 Nr. 1, 690 Nr. 3 und 692 ZPO. Nach Seuffert sind die von den Vertretern der Substanziierungstheorie aus § 331 ZPO. gezogenen Schlüsse nicht zwingend, § 146 ZPO. sei allerdings für beide Auffassungen verträglich, während § 690 ZPO., der beim Gesuch um Erlaß des Zahlungsbefehls die Angabe des Grundes des Anspruches verlange, für die Individualisierungstheorie spreche. Indem die gegnerische Auffassung in Anwendung von § 614 Abs. 1 ZPO. den Übergang von einer Klage zur anderen, nämlich von der Anfechtungsklage zur Scheidungsklage gestatte, gebe sie zu, daß Klagegrund nicht das tatsächliche Vorbringen allein sei. Für die Individualisierungstheorie spreche ferner, daß die Rechtskraft sich nur auf Rechtsverhältnisse und Ansprüche, nicht aber auf Tatsachen erstrecke.[2]) Auch sei es ein unerträglicher Formalismus, wenn als Klagegrund die Tatsachen angesehen würden.[3]) Lediglich eine Änderung des konkreten Rechtsverhältnisses kann danach als eine Klageänderung gelten. Auf eine Änderung in tatsächlicher Beziehung, also hinsichtlich der Erwerbstatsachen, kann es nicht ankommen.[4])[5]) Dieses hebt auch Petersen-Anger hervor,[6]) der, obwohl er sonst in seiner Stellungnahme schwankend ist, ausführt, daß eine Klagänderung dann vorliege, wenn an Stelle eines Rechtsgeschäftes ein anderes trete. Bei der Prüfung der Frage, inwieweit diese vorstehend entwickelten Gesichtspunkte insbesondere auf den § 767 Abs. 3 ZPO. Anwendung zu finden habe, kommt man folgerichtig zu dem Ergebnis, daß § 767 Abs. 3 eine andersartige gesonderte Regelung nicht rechtfertigt. Klagegrund ist demgemäß hinsichtlich des § 767 ZPO. nicht die einzelne Einwendung, sondern das Nichtbestehen des Vollstreckungsrechtes.[7]) Klagegrund sind hier nicht, wie die Vertreter dieser Auffassung unter Anlehnung an die für die Feststellungsklage geltenden Grundsätze betonen, die einzelnen Er-

---

1) Loth. Seuffert zu § 253 Abs. 2 Nr. 2; zu § 614 Nr. 2a ZPO.
2) Zeitschr. f. Z. Pr. Bd. 3 S. 385, 389, Senatspräsid. Petersen in Colmar — Rich. Schmidt, Klageänderung S. 171ff.
3) Z. f. Z. Pr. Bd. 3 S. 385 ff (Petersen) — Z. f. Z. Pr. Bd. 9 S. 99 ff (Fitting).
4) Loth. Seuffert zu § 268 ZPO. Nr. 1 a, Abs. 2
5) Gruch. Bd. 29, S. 651 (E. Fuchs) = a. A. RG. Bd. 48 S. 212 (8.2.01.) = Hellwig, System § 31 III b Abs. 3 — Rich. Schmidt S. 855 a. a. O.
6) Petersen-Anger a. a. O. zu § 268 II Nr. 4.
7) Loth. Seuffert zu § 767 ZPO. Nr. 1 a u. b und Nr. 5 — Planck Lehrb. Bd. 2 S. 699, 700.

werbstatsachen. Nach Auffassung Planck's[1]) ist Klagegrund vielmehr: „das Dasein von gesetzlich qualifizierten Einwendungen".

Von dieser Auffassung ausgehend können die vorgenannten Wissenschaftler naturgemäß in einer Veränderung von Erwerbstatsachen — als solche ist ja hier das Vorbringen neuer Einwendungen anzusehen — keine Klagänderung finden.[2]) Sie lassen sie deshalb im Laufe der ersten Instanz dieser Klage unbedenklich zu. Diese Stellungnahme verursacht nach ihrer Auffassung auch nicht eine Schwächung der Schlagkraft der Vollstreckung, da ja eben dieselben, die Einwendungen, in einer Klage grundsätzlich vorzubringen sind.

Nach eingehender Würdigung der für diese beiden maßgebenden Theorien sprechenden Gesichtspunkte komme ich zu dem Ergebnis, daß die Substanziierungstheorie mit all' ihren für die Entscheidung dieser Streitfrage gegebenen Folgerungen mir als die richtige erscheint. Nach Wesen und Stellung, den der Begriff der Klage, des Klagegrundes in unserer heutigen ZPO. unter Berücksichtigung auch von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen einnimmt, erscheint mir die Individualisierungstheorie eine zu gekünstelte Anschauung darzustellen. Auch ist der Begriff derselben vom Klagegrund gerade mit Hinsicht auf die Klage aus § 767 Abs. 3 ZPO. — Klagegrund ist ja dort das Nichtbestehen des Vollstreckungsrechts überhaupt — zu unbestimmt. Meiner Auffassung nach sind daher Klagegrund, — im Sinne der Substanziierungstheorie sind das die Tatsachen hinsichtlich der Klage aus § 767 ZPO., die geeignet erscheinen, den Antrag rechtlich zu begründen,[3]) — und Zulässigkeit unter Verwertung der Substanziierungstheorie zu bestimmen; es wird hierbei auf die vorstehenden genauen Ausführungen Bezug genommen.

Streitig ist weiterhin die auch in diesem Zusammenhang bedeutsame Frage, ob und inwieweit die nach § 767 ZPO. als Klagegrund in Frage stehenden Einwendungen, also auch die für unser Thema maßgeblichen, der Aufrechnung und Anfechtung, gleichzeitig neben einer bereits anhängigen entsprechenden Klage oder später in weiterer besonderer Klage vorgebracht werden können. Herrschend sind hier zwei verschiedene Anschauungen, von denen die eine sich in enger Anlehnung an die Substanziierungstheorie befindet, während die andere eine folgerichtige Verwertung der Gesichtspunkte der Individualisierungstheorie darstellt. Die von Lothar Seuffert[4])[5]) vertretene Auffassung, die der Individualisierungstheorie folgt, geht dahin, daß alle die Einwendungen ausgeschlossen sind, zur Verwendung in einer weiteren Klage gemäß § 767 ZPO. Abs. 3, die vor Schluß der anderen entsprechenden Klage entstanden sind, und nicht vorgebracht werden. Nach Seuffert ist eben die genannte Klage aus § 767 (cfr. ins-

---

1) Planck § 177 III b, Lehrb.
2) OLG. Bd. 29 S. 228
3) Stein-Jonas § 253 III 3 § 767 IV ZPO.
4) Loth. Seuff. § 767 Abs. 5 1b a.a.O.
5) OLG. Bd. 5 S. 451 — Hahn a.a.O. S. 439

besondere Abs. 3) wesensgleich mit der negativen Feststellungsklage mit den Klagen aus § 768, 785 und 786 ZPO. Klagegrund ist eben ganz allgemein das Vorhandensein gesetzlich qualifizierter Einwendungen. Gleichartig äußert sich auch Freudenthal,[1]) der hervorhebt, daß alle Einwendungen, die zwischen Klage und Schluß-Verhandlung entstanden seien, in dieser vorgebracht werden müßten.[2]) Seuffert hebt insbesondere noch hervor, daß einer weiteren, diesen Darlegungen zuwider, eingereichten Klage der Einwand der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden könne.

Lediglich insoweit ist hier der Seuffert'schen Auffassung zuzustimmen, als diese fordert, daß sämtliche statthaften Einwendungen in einer Klage vorzubringen sind. Die hier entgegengesetzte Auffassung Falkmanns [3]) ist insoweit abzulehnen. Nach Falkmann ist aus Abs. 3 § 767 ZPO kein allgemeines Verbot mehrerer Klagen zu entnehmen; war nach ihm der Kläger nicht in der Lage, Einwendungen bei Klageerhebung zu verwerten, so sind diese so bald wie möglich in besonderer Klage geltend zu machen. Allerdings ist nach Falkmann das Gericht befugt, die neue Klage mit der früheren zu verbinden.

Demgegenüber gebietet aber die Notwendigkeit, die Zahl der Prozesse möglichst zu vermindern, [4]) und den Prozeß bereits von vornherein übersichtlich zu gestalten, das Vorbringen von Einwänden nicht in mehreren, zudem wesensähnlichen Klagen, sondern nur in einer Klage zu gestatten.

Im übrigen ist aber die Seuffert'sche Auffassung abzulehnen.

Richtiger ist meiner Auffassung und meiner ganzen zuvor entwickelten Stellungnahme nach die Anschauung, die auf der Substanzierungstheorie fußt und es darauf abstellt, ob der Kläger der ersten Klage aus § 767 ZPO in der Lage war, die Einwendungen in diesem Prozesse vorzubringen. [5]) [6]) Diese Anschauung erachtet also letzten Endes die für die Zulässigkeit einer Klageänderung geltenden Gesichtspunkte auch hier für maßgebend. Als „sachdienlich" im Sinne des § 264 ZPO (Neue Fassung) kann man natürlich nur die Zulässigkeit des Vorbringens einer solchen Einwendung ansehen, die der Berechtigte bislang nicht gekannt hat, da man ja sonst einer unsachdienlichen Verschleppung den Weg ebnen würde. Die Auffassung von Sydow-Busch [7]) ist hiervon insoweit abweichend, als sie es auf die Möglichkeit des Vorbringens bei Klagerhebung abstellt. Doch dürfte dieser Standpunkt als zu eng abzulehnen sein.

---

[1]) Freudenthal a. a. O. Anm. 10.

[2]) Falkmann a. a. O. S. 400 — so auch Hellwig-Oertmann Bd. 2 Nr. 5d § 287.

[3]) Falkmann a. a. O. § 36 Nr. 7 S. 402 u. 403 ob.

[4]) Seuffert a. a. O. 1 b zu § 767 ZPO; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht § 59 III 2 b S. 499.

[5]) Gaupp-Stein zu § 767 Nr. V.

[6]) Sydow-Busch § 767 Anm. 9 — cfr. auch die bei Gaupp-Stein erwähnte Literatur.

[7]) Sydow-Busch ZPO § 767 Anm. 9.

Ziemlich einhellig [1]) [2]) wird die Auffassung vertreten, daß in der Berufungsinstanz jedenfalls nach den für die Klagänderung geltenden Gesichtspunkten insbesondere des § 527 ZPO neue Einwände vorgebracht werden können. Die JW. von 1905 S. 53 Nr. 29 hebt hiermit übereinstimmend hervor, daß es auch „im Wege der Klage geltend gemacht" anzusehen sei, wenn neue Einwendungen in der Berufungsinstanz vorgebracht würden.

Ein weiteres Vorbringen in der Revisionsinstanz [3]) wird allgemein als nicht zulässig erachtet.

Zusammenfassung:

Die danach dem Absatz 3 § 767 ZPO innewohnende Beschränkung hinsichtlich der Zulässigkeit der Erhebung von Klagen gemäß § 767 ZPO erzeugt allerdings eine gewisse Härte, da ja unter Umständen beachtliche Einwendungen hierdurch ausgeschlossen werden. Diese Härte wird aber dadurch gemildert, daß ja dieser Ausschluß nur für ein Vorbringen [4]) im Wege der Klage aus § 767 ZPO also für die Zwangsvollstreckung gilt. Nicht berührt wird hiervon die Frage — dieses sei nur des Verständnisses und der Vollständigkeit halber hier erwähnt — die Frage, inwieweit diese Einwendungen nach materiellem Recht sonst im Wege der ordentlichen Klage verwertet werden können.

---

1) OLG. Bd. 29, S. 228.
2) JW. 1905 S. 53 Nr. 29 — cfr. auch Gaupp-Stein a. a. O. —
3) RG. Bd. 109 S. 69 Nr. 19.
4) Struckmann-Koch a. a. O. § 767 Anm. 6 S. 861 — cfr. auch Gaupp a. a. O. Bd. 2 S. 376 —

§ 2.

Der Einwand der Aufrechnung als Klagegrund der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO.

1. Allgemeine Vorbemerkungen:

Klagegrund der Klage aus § 767 ZPO sind, wie dargelegt, die Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen. [1] [2] Wann die Gründe dieser Einwendungen und somit des hier in Frage stehenden Einwandes der Aufrechnung entstanden sind, ist — obwohl wir uns hier bereits im Prozeßrecht befinden — nach bürgerlichem, materiellem Recht zu entscheiden. Die Materie der Aufrechnung ist nämlich im BGB als erschöpfend geregelt anzusehen. [3] Gemäß § 387 BGB sind danach die Voraussetzungen der Aufrechnung und damit des entsprechenden geltend zu machenden Einwandes im zivilprozessualen Sinne, erstens, daß zwei Personen einander ihrem Gegenstande nach gleichartige Leistungen schulden; zweitens, daß der eine, nämlich der Aufrechnende, in der Lage ist, die von ihm geschuldete Leistung zu bewirken und die dem Gegner obliegende zu fordern, d. h., daß die letztere auch fällig ist. Um die Aufrechnungswirkung zu erzeugen, ist gemäß § 388 BGB weiterhin eine unbefristete und unbedingte, dem Gegner gegenüber abzugebende Erklärung erforderlich.

Unstreitig ist jedenfalls mindestens Aufrechnungsfähigkeit, also die zu eins genannte Voraussetzung, zur Geltendmachung des Einwandes der Aufrechnung erforderlich. — Streitig ist aber, ob nicht auch die Erklärung zur Erzeugung dieses Einwandes erforderlich ist. —

Sehr bestritten ist, ob die Grundvoraussetzung der Aufrechnungsfähigkeit bei einer Kostenforderung vorliegt, wenn sie zur Aufrechnung gestellt und dies einwandweise im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegenüber den S. 10—12 d. Arb. angeführten Vollstreckungstiteln geltend gemacht wird. [4] [5] [6] Geht man von dem Standpunkt aus, der Kostenanspruch entstände erst mit der Auferlegung der Kosten, vorher bestände noch kein bedingter Anspruch, da eine Be-

---

1) Planck § 388 Kom. z. BGB Nr. 1.
2) Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 64 S. 253 Anm. 3.
3) cf. Gaupp-Stein § 767 II 2.
4) Gaupp-Stein a. a. O. § 767 II Abs. 3; vor § 91 ZPO. Gaupp-Stein II 3 und 4.
5) S. Stein, Sächs. Arch. f. R.pfl. 4, 5.
6) Hamburg Hans. Ger. Ztg. 27 S. 206.

dingung im Rechtssinne noch nicht vorliege, so muß vor diesem Zeitpunkt, nämlich dem der Auferlegung der Kosten, ein entsprechender Aufrechnungseinwand im Wege der Vollstreckungsgegenklage, da es am Tatbestand der Bewirkungsfähigkeit seitens des aufrechnenden Gläubigers bezw. Schuldners im Sinne des § 387 BGB fehlt, ausscheiden. Diese Auffassung erscheint mir richtig. [1] [2] Zwar kann diese Anwartschaft gemäß § 110 ZPO die Grundlage einer Sicherheitsleistung bilden, auch abgetreten [3] und im Konkurs des Schuldners berücksichtigt werden, [4] dennoch kann sie noch nicht als zum Vermögen des Aufrechnenden gehörig angesehen werden; denn (conf. § 91 II 1 Gaupp-Stein) hierzu ist [5] [6] ein selbständiges Recht erforderlich. Daß dieses gegebenenfalls aber noch nicht durch Arrest gesichert, auch nicht gepfändet werden kann, [7] beweist, daß ein solches eben noch nicht vorliegt. Erst mit dem Erlaß eines unbedingten Endurteils entsteht der Kostenanspruch als ein bedingter Anspruch im engeren Sinne. Auch mit Erlaß eines bedingten Endurteils [8] wird der Kostenanspruch als ein — und zwar auflösend — bedingt bestehender angesehen. Erst mit diesem Zeitpunkte wäre nach der vorerwähnten richtigen Ansicht das in Frage stehende Merkmal der Bewirkungsfähigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderung des Gläubigers (conf. § 387 BGB) erfüllt. Aus diesem Gesichtspunkte heraus stände dann jedenfalls nichts mehr im Wege, von diesem Zeitpunkte ab die Aufrechnung mit einer Kostenforderung einwendungsweise im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen.

Zwar wird hiergegen vorgebracht, schon mit der Rechtsverfolgung [9] entstände der Kostenanspruch, wenn auch bedingt.[10] Er entspringe eben dem Prozeßverhältnis und werde mit diesem ins Leben gerufen, obwohl allerdings erst in diesem selben Verfahren über die Kosten zu entscheiden sei und daher die Höhe noch nicht feststehe.[11] Diese Argumente können aber gegenüber dem bereits dargelegten, eindeutigen Sinne des § 387 BGB nicht durchschlagen. Richtig ist vielmehr, wie bereits vorstehend angedeutet, folgendes: [12] „Selbst wenn man zugibt, daß der Kostenanspruch bereits grundsätzlich mit der gerichtlichen Verfolgung entstehe, so wird er doch erst mit dem Urteil aufrechnungsfähig, denn alles ist ja vorher noch in der Schwebe.“[13] Die Kostenfolge ist zudem erst Rechts f o l g e des Un-

---

1) RG. JW. 1906. S. 29.
2) Gaupp-Stein vor § 91 Anm. 28, 29.
3) Hamburg, Rechtspr. Bd. 5 S. 138.
4) RG. JW. 01 S. 423.
5) Gaupp-Stein a. a. O. § 23 II, 1. Anm. 10.
6) derselbe vor § 91 Anm 30.
7) derselbe vor § 91 Anm. 31.
8) Gaupp-Stein § 767 II 2 Abs. 3.
9) Clemens Kappes a. a. O.
10) OLG. Entsch. Bd. 16 S. 293 cfr. auch **Anm.** 4 S. 8 **bei Kappes cit. Lit.**
11) OLG. Kolmar Bd. 16 S. 293.
12) Clemens Kappes a. a. O. S. 25.
13) **Falkmann** S. 393 ff **a. o. O.**

terliegens.[1] [2] Weder der Ausgang noch das Ausmaß des Prozesses sind aber in diesem Stadium bekannt. Zudem kann der Richter ja vorwiegend die Kosten nach freiem Ermessen verteilen. Da so jede praktische Verwertbarkeit der Kostenforderung fehlt, kann sie als noch nicht aufrechnungsfähig auch noch nicht entsprechendes Tatbestandsmerkmal im Rechtsinstitut der Aufrechnung (§ 387 ff BGB) sein und auch nicht den Grund eines nach § 767 ZPO zulässigen Einwandes bilden. Diese Auffassung steht in Uebereinstimmung mit dem von den Motiven vertretenen Standpunkt; dort heißt es: „So sicher wie der Schuldner eine bedingte oder betagte Zahlung ablehnen kann, so wenig braucht er sich eine bedingte oder betagte Aufrechnung gefallen zu lassen.“ (Motive Bd. 2 S. 108) cfr. auch § 388 BGB Satz 1.

Lediglich ausnahmsweise[3] ist eine solche Kostenforderung trotzdem als aufrechnungsfähig zuzulassen, wenn zwar die Kostenhöhe noch nicht fest errechnet ist, dieselbe aber leicht und sicher nach den ganzen Umständen festzustellen ist.[4] Andererseits ist aber die Auffassung unrichtig, daß nur solche Kostenforderungen als aufrechnungsfähige Gegenforderungen anzusehen sind und damit zu den Gründen einer im Wege der Klage aus § 767 ZPO vorzubringenden Einwendungen gehören, die auf rechtskräftiger Entscheidung fußen. Nicht stichhaltig ist hier aber der Gegengrund, daß jede Entscheidung durch die höherinstanzliche aufgehoben werden könne, da ja die meisten Entscheidungen die vorläufige Vollstreckbarkeit besitzen.[5] Streitig ist nun insbesondere im Rahmen der Klage aus § 767 ZPO, ob gemäß Absatz 2 dieses Paragraphen der Einwand der Aufrechnung bereits im Zeitpunkte des aufrechenbaren Gegenübertretens des entsprechenden Gegenanspruchs oder erst mit erfolgter Aufrechnungserklärung gültig entstanden ist.

Unstreitig ist somit der Einwand der Aufrechnung im Sinne dieser Klage spätestens mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung entstanden.[6] [7] Erfolgte die Aufrechnungserklärung vor dem Stichzeitpunkt des § 767 Abs. 2 ZPO, so kann daher die Aufrechnung unbestritten im Wege der Klage aus § 767 ZPO einwandsweise nicht mehr geltend gemacht werden.

2. Die verschiedenen streitigen Ansichten.

Unter eingehender Würdigung der für die einzelnen hier in Frage stehenden Ansichten sprechenden Gesichtspunkte sowie angemessener Berücksichtigung der Gegengründe, vor allem auch der für

---

1) A. R. Kulemannn, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 68 S. 427, 430 — OLG. Bd. 29 S. 187
2) JW. 1913 S. 339 Anm. 36
3) OLG. Posen Bd. 25 S. 160.
4) Bayr. OLG. Beschl. vom 18. 6. 1913.
5) OLG. Bd. 23 S. 303.
6) Z. f. Z. Pr. Bd. 20 S. 1 ff insbes. S. 17 J. Kohler „Kompensation und Prozeß.“
7) Warneyer. Kom. § 389 3. letzt. Abschn. z. BGB.

das Prozeßrecht maßgeblichen praktischen Erwägungen sollen die einzelnen Anschauungen dargelegt werden:

a. **Welche Momente sprechen dafür, daß das aufrechenbare Gegenübertreten als Entstehungszeitpunkt der Gründe der Einwendung gemäß § 767 ZPO Absatz 2 anzusehen ist?**

b. **Betrachtung des Zustandes des aufrechenbaren Gegenüberstehens der Forderungen.**

Geschichtliches.

Wenn im römischen Recht die Aufrechenbarkeit noch keine deutlich nach außen hin erkennbaren Rechtswirkungen zeigten, so liegt das an der eigenartigen Natur der Aufrechnung des römischen Rechts. Die Aufrechnung war dort [1]) Teile des Prozesses (so auch Gajus und Justinian, cfr. deren Institutionen). Sie war dort modus procedendi im Gegensatz zum modus solvendi. Wenn sie auch dort damals [2]) auf eine Stufe mit der Zahlung gestellt wird, (ipso iure Tilgungsakt, L. 14 C. h. t.) mit der sie auch vieles gemeinsam hatte, so sind aber auch damals schon allgemein starke Vorwirkungen der Aufrechnung anerkannt. In [3]) fr. 4 h. t., Paulus wird der fragliche Zustand der Aufrechenbarkeit compensatio genannt. Es heißt dort: „Ipso iure et minus fideiussorum ex omni confidetur debere quod ex compensatione reus retinere potest". [4]) Von Paulus wird dieser Zustand des Gegenübertretens bereits als Zustand gegenseitiger Lähmung bezeichnet. Auch maßgebliche Römer, [5]) wie z. B. Julian haben eine deutliche Vorstellung von der bereits vorhandenen Wirkung des aufrechenbaren Gegenübertretens. Sie haben diese Anschauung klar und deutlich entwickelt und mit bildlichen Ausdrücken gekennzeichnet. [6]) Julian hat den Begriff des Schwebezustandes genau dargelegt. Von anderen wiederum, die die Aufrechnung als Einrederecht (exceptio) [7]) bezeichnet haben, wurde diesem Zustand ebenfalls eine gewisse Tilgungsvorwirkung zugesprochen. Ja, noch weitergehendere Ansichten wurden vertreten, dahingehend, daß die Kompensation [8]) ipso iure bereits eintrete; also bereits die Vollwirkung der Aufrechnung durch das aufrechenbare Gegenübertreten entstehe.

---

1) Ennec. Lehrb. § 292 I Anm. 1, II, 1. — Jhering Jahrbuch Bd. 32 S. 157—158, (Lippmann)

2) Stauding. § 389 I Abs. 2 Nr. 3.

3) Siber, Kompens. u. Aufr. S. 115.

4) Siber S 63 a. a. O.

5) Ennec. Nr. 2 b § 94 II Abs. 2 u. 4.

6) Ennec. Rechtsgesch. S. 235 — Fitting (Rückziehung) S. 5 ff — Philippsborn, Gruch. Bd. 64 S. 10

7) Staud. § 389 I Abs. 2 u. 3.

8) Hasse, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 7 S. 156.

Daß die compensatio ipso iure – sine facto hominis ohne vermittelnde Handlung eintrete, also keines besonderen Aktes, keiner Verabredungen bedürfe, entspricht der Auffassung des Kaisers Severus in seiner constitutio 1. 11 D. 1. 4 C. h. t. sowie der späteren Kaiser.[1] [2]) Den gleichen Standpunkt vertrat im Mittelalter der Glossator Martinus.[3])

Auch den Lehrern der Pandekten waren derartige Vorwirkungsrechte nicht fremd. Die Pandektenlehrer haben dieselben nur der Form nach verworfen.[4]) Windscheid sagt hierzu deutlich, jedes der beiden Rechte sei mit einer Einrede bereits behaftet und in der Wirkung gehemmt, bis es durch den Richter vernichtet werde. Einen gleichartigen Standpunkt[5])[6]) vertreten Brinz und Dernburg. Auch sie betonen, für den Schuldner erwachse hinsichtlich der aufrechenbar einander gegenüberstehenden Forderungen ein Einrederecht, mit dem er das Gegenrecht zurückschlagen könne.

In noch höherem Maße wird die Anschauung, daß das aufrechenbare Gegenübertreten von wesentlicher Bedeutung sei, von zahlreichen Vertretern des gemeinen Rechts gestützt. Auch dort ist allerdings der Zeitpunkt des Erlöschens der aufrechenbar einander gegenüberstehenden Forderungen sehr streitig. Im Brennpunkt des gesamten Streites stand die Bedeutung des Satzes „ipso iure compensatur". Die einen sagten, der fragliche Satz sei zu erläutern durch die Phrase sine facto hominis. Andere wieder, die den Begriff ipso iure in Gegensatz zu ope exceptionis setzen, lassen es dahingestellt sein, ob eine Berufung auf das aufrechenbare Gegenübertreten erforderlich sei oder nicht.[7])[8]) Nach weitverbreiteter Anschauung im geneinen Recht wird durch das aufrechenbare Gegenübertreten[9]) bereits ein Zustand, der Kompensabilität = suspensiv bedingter Tilgung erzeugt. Es wird auch dort die Koexistenz der Gegenforderung[10]) als exeptio bezeichnet, — nach Liebknecht ist es sogar ein Musterbild der exceptio.[11]) In Vertretung dieser Anschauung, daß das aufrechenbare Gegenübertreten bereits Vorwirkungen erzeuge, gewährt das gemeine Recht dem in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit zahlenden, die

---

[1]) Staud a. a. O. § 389 I Abs. 2; siehe so Siber, S. 68, 69; — Brinz, Pand. Bd. II S. 421 § 287; derselbe, Lehr. v. d. Komp. S. 157, 158.

[2]) and. Auff. über die Bedeut. der constitutio Severi, Leonhard, Aufrech. S. 117.

[3]) Glossa ad. c. 4 c. h. t. de compens. 4, 31; ad § 30 i. de act. 4, 6; — cfr. Leonhard, Aufrechn. S. 4; — so auch Tyndarus; siehe Dernburg, Komp. S. 286. 287. a. A. Azo in Summa zum Codex (cfr. Leonhard, S. 95, 96; Dernburg S. 284 —287) cfr. Hommel a. a. O. S. 1 u. 6

[4]) Jhering Jahrb. Bd. 32 S. 150 (LGR. Lippmann);

[5]) cfr. Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 349 — Brinz, Pandekten II § 387;

[6]) Dernburg, Pandekten II § 64 — Eck-Leonhard a. a. O. S. 376.

[7]) Dernburg, Kompensat. n. röm. Recht S. 284—288.

[8]) so auch viele Glossatoren; cfr. Martinus, siehe Anm. 3 dieser Seite.

[9]) Liebknecht, Diss. 1897 „Kompens. vollz. u. Kompens. vorbr. n. gem. R." S. 39 — Ubbelohde „ipso iure compensator" 1858 S. 130.

[10]) Hellmann, Lehrb. S. 438.

[11]) Liebknecht, wie oben.

condictio (cfr. § 812 ff BGB) [1]), (cfr. hierzu die gleichliegende Ansicht des Azo). Diese bereits für das gemeine Recht festgestellte wesentliche Bedeutung des aufrechenbaren Gegenübertretens ist auch in neuere Rechte übergegangen.[2])

So äußern sich die Gesetzesrevisoren des A. L. R. [3]) zum Entwurf des Titels 133 dahin, daß nur das aufrechenbare Gegenübertreten von Bedeutung sei. Klar bringt seine gleichartige Anschauung der code civil zum Ausdruck [4]); dort heißt es: „La compensation s'opère par la seule force de la loi même â l'insu des débiteurs, les deux dettes, s'éteignent réciproquement à l'instant, où elles se trouvent exister à la fois . . .“ Die im Artikel 1290 code civil dargelegte Aufrechnungsfähigkeit erzeugt Erlöschen. [5]) [6])

Das oesterreichische Gesetzbuch sagt im § 1483: „Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, so entsteht eine gleichartige Aufhebung der Verbindlichkeiten (compensation), welche schon an und für sich gegenseitige Zahlung bewirkt.

In der zweiten Lesung des BGB wurde gegenüber der Anschauung, daß die Theorie der Rückwirkung verkehrsfeindlich sei und Unsicherheit erzeuge, die sehr beachtete Ansicht vorgetragen, durch die Erklärung würde die rückwirkende Befriedigung nur festgestellt; danach war also dort ebenfalls das aufrechenbare Gegenübertreten maßgeblich. [7])

Aber nicht nur die geschichtliche Entwickelung materiellrechtlicher Normen, sondern auch die der wesentlichen Vorschriften des Prozeßrechts gibt uns wertvolle Gesichtspunkte zur Entscheidung der Streitfrage des Themas. Bereits die Regelung, die im römischen bezw. Gemeinen Recht hinsichtlich der Zulässigkeit des Vorbringens weiterer Einwendungen bestand, läßt einen deutlichen Rückschluß auf die erhebliche Bedeutung des aufrechenbaren Gegenübertretens zu. Nur dann noch [8]) konnte die Kompensationseinrede gegenüber der actio judicati vorgebracht werden, falls die Gegenforderung erst später entstanden war oder der Klaganspruch erst später compensabel wurde.

Daß das aufrechenbare Gegenübertreten der Entstehungsgrund der im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorgebrachten Einwendungen darstellt, ist auch in den ungedruckten metallographischen Protokollen des E 1 des BGB (cfr. Bd. 1 S. 1414 ff) dargelegt. [9])

---

[1]) Planck a. a. O § 339 Abs. 3, 2c.
[2]) Preuß. Landr. Teil I Tit. 16 § 301
[3]) Dernburg, Kompens. n. röm. R. S. 287, 288 — Preuß. Landr. Teil I Tit. 16 § 301.
[4]) Art. 4290.
[5]) Dernburg w. ob. S. 283 — Arch. f. B.R. Bd. 15 S. 153 ff (J. Goldschm.)
[6]) Liebknecht a a. O. S. 56.
[7]) Dogm. J. Bd. 43 S. 435 (LGR. Lippmann).
[8]) Wetzell S. 597 a. a. O.
[9]) Oertmann, Aufrechnung S. 110 ff.

Die gegenwärtig maßgeblichen materiellen Gesetzesvorschriften und die entsprechende Stellungnahme der Wissenschaftler hierzu.

Auch die heutige gesetzliche Regelung — die maßgeblichen Paragraphen hinsichtlich des BGB sind vor allem die §§ 390, 392, 398, 406, hinsichtlich der K. O. die §§ 54, 55 — [1]) zeugt von bereits erheblicher Wirkung des aufrechenbaren Gegenübertretens; ein Standpunkt, der in weiten Kreisen vertreten ist. Nach Enneccerus handelt es sich bei dem Zustand des aufrechenbaren Gegenübertretens um einen Schwebezustand, der allerdings durch die anschließend erfolgende Erklärung derart bedingt ist, daß alsdann die Wirkung als schon von Beginn der Kompensabilität eingetreten zu erachten ist. Doch handelt es sich hier nach Enneccerus um keinen echten Schwebezustand. Auch Vergleiche mit der rechtsgeschäftlichen Bedingung fruchten nach seiner Ansicht hierbei nichts. Denn dort bei den Schwebezuständen entstehe lediglich einstweilen das Recht schon; ein Erfordernis aber fehle noch. Erst mit dem Eintritt desselben sei die Wirkung als voll vorhanden anzusehen. [2]) Nach Enneccerus und Fitting [3]) herrscht aber hier lediglich ein Zustand objektiver Ungewißheit hinsichtlich des Bestehens oder Nicht-bestehens eines Rechtsverhältnisses. Das eintretende Erfordernis habe nur deklaratorische Bedeutung; die Erklärung sei hier lediglich das Bezeugende und das Klarlegende.[4])[5]) Um mit Enneccerus selbst zu reden, handelt es sich hier um eine Pendenz der Rechte. Enneccures sagt selbst: „Es wird kein zukünftiger Rechtserwerb entschieden, [6]) Vergangenes wird nur aufgeklärt". Am verständlichsten wird diese Ansicht von Leibnitz, ganz im Sinne von Enneccerus durch folgendes Beispiel erläutert. Leibnitz führt [7]) aus: „Wenn ein vom Staat anerkannter Prophet existierte, und derselbe den Eintritt des Umstandes vorausgesagt hätte, so könne der so bedingt Berechtigte sein Recht schon jetzt geltend machen". Nach dieser Anschauung kann dem Erklärungszeitpunkt naturgemäß eine maßgebliche Bedeutung nicht zukommen. Zur weiteren Erläuterung derselben zieht Enneccerus einen Vergleich mit einem Fall aus dem römischen Recht. Der Eigentumserwerb war dort, obgleich von späterer Zahlung abhängig, doch temporär an den Traditionsakt geknüpft.[8]) Die Alten brauchten hierfür einen bestimmten Ausdruck — dominium pendens; die mancipatio konnte dort nur in dem Augenblick wirken, in welchem der Traditionsakt mit dem animus tradendi et accipiendo beendet war. Nach diesen Darlegungen kommt Enneccerus sowie der mit ihm hiermit über-

---

1) Ennecc. a. a. O. § 294 II Abs. 1 u. 2.
2) derselbe § 75 Abs. 2 Anm. 9.
3) Fitting „Rückziehung" S. 5 ff.
4) Fitting a. a. O.
5) Hellwig a. a. O. S. 27 — Gruch. Bd. 61 S. 1
6) Ennecc. Rechtsgeschäft S. 230, 233
7) Gruch Bd. 61 S. 1
8) Ennecc.

einstimmende Fitting [1]) zur Verneinung des Begriffs der von Vielen für die Aufrechnungswirkung zu Grunde gelegten Fiktion der Rückwirkung. Ergänzend sei auch des weiteren die Stellungnahme Enneccerus zu den verschiedenen zum Teil abweichenden Theorien hierüber, da sie deutlichsten Aufschluß über die Bedeutung, die dieser überragende Wissenschaftler dem Zustand des aufrechenbaren Gegenübertretens beimißt, eingehendst wiedergegeben. Nicht werde, so meint Enneccerus, seine Anschauung durch den Einwand widerlegt, daß doch gegenwärtige Tatsachen nicht von zukünftigen, ungewissen Ereignissen abhängig gemacht werden können. Hier handele es sich lediglich um die bereits dargetanen rechtlichen Schlußfolgerungen. Umsomehr verneint daher der Vorgenannte die Plank'sche Ansicht, die Aufrechnung und die Rückwirkuug als zwei völlig selbständig nebeneinanderstehende Dinge zu betrachten. Für seine (Enneccerus Ansicht) spreche auch der Inhalt der §§ 390, 392, 396 in Verbindung mit § 366 Abs. 2, 406, wo dem Zustand des aufrechenbaren Gegenübertretens besondere Wirkungen beigemessen werden.

Einen ähnlichen, gleichartigen Standpunkt vertritt Stammler, der hier von subjektiver Ungewißheit redet. Eine bei Oertmann angeführte Ansicht vertritt den Standpunkt, daß die Hauptwirkung im aufrechenbaren Gegenübertreten bereits liege; [2]) die Geltendmachung, die allerdings auch erforderlich sei, sei nur deklaratorisch. In Uebereinstimmung mit Planck, der bereits für beide Forderungen vom Gegenübertreten an Aufrechnungswirkungen als vorliegend erachtet, [3]) redet Kohler geradezu von einer Aufrechnungssituation. [4]) [5]) Er denkt hierbei an die Pandektenlehre. Er bezeichnet seine Theorie als eine Etappe der ipso iure-Theorie. Auf Grund der Aufrechnungssituation sei jede Forderung mit einem Einrederecht behaftet, die das Recht des anderen zurückschlagen könne; somit liege bereits eine zukünftige, bedingte Tilgung vor.

Von den Anschauungen, die in der wissenschaftlichen Literatur vor allem Beachtung gefunden haben, seien diejenigen, die besonders geeignet sind, die Kraftwirkung des Zustandes des aufrechenbaren Gegenübertretens zu kennzeichnen, und uns damit möglicherweise eine Handhabe bietet, festzustellen, wann gemäß § 767 ZPO der Einwand der Aufrechnung vollwirksam entstanden ist, noch folgende hervorgehoben. Auch nach Weigelin [6]) ist bereits ein geschwächtes Recht vorhanden. Das Aufrechnungsrecht hat nach ihm sehr reelle Wirkungen; er bezeichnet es geradezu als ein Pfandrecht an eigener

---

1) Fitting a. a. O. S. 42, 43.
2) Oertmann Kom. § 387 Nr. 3 b
3) Planck Kom. § 367 Vorbem. Nr. 2 Abs. 3
4) Kohler a. a. O. S. 34 und 211
5) Oertmann § 386 Nr. 3b — Dogm. J. Bd. 43 S. 454
6) Weigelin a. a. O. S. 5, 6, 30 ff.

Sache.[1] In diesem Zusammenhang erwähnt Weigelin in seinem zitierten Buche die Retraktionstheorie. Es besteht danach bereits ein Recht zur Aufrechnung, ein Recht des rechtlichen Könnens. Auch nach Dernburg haben die aufrechenbar einander gegenüberstehenden Forderungen vom Zeitpunkt eines derartigen Gegenübertretens an eine nur bedingte Kraft.[2] [3] Er bezeichnet die Aufrechenbarkeit als schwebenden Tilgungsgrund; bereits ein Einrederecht liege vor, das den fraglichen Forderungen die Kraft nehme. Weiterhin sei hier Oertmann zu erwähnen, der im Aufrechnungsrecht[4] ein Zwangsverwertungsrecht am Vermögen des Gegners sieht; nach ihm ist durch die Aufrechenbarkeit bereits die Vollwirksamkeit gebrochen. Fernerhin sei Weißmann hervorgehoben,[5] der geradezu von einem Aufrechnungsverhältnis hinsichtlich des Zustandes des aufrechenbaren Gegenübertretens redet und in der Aufrechnung selbst nur die Festigung eines bestehenden Zustandes erkennt. Auch von Endemann[6] und anderen wird betont, daß die Tilgung der Schuld bereits mit dem Gegenübertreten beginne, da bereits eine Gebundenheit, eine Aufrechnungslage, eintrete,[7] daß daher die aus dem § 389 BGB abgeleitete Fiktion aus diesem Grunde wertlos sei. Neben Liebknecht[8], der von suspensiv bedingter Tilgung redet, sei noch Siber zu erwähnen, der die Schwächung der einander aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen dadurch kennzeichnet, daß der Geltendmachung jeder Forderung[9] die exceptio doli entgegengesetzt werden könne; nach ihm „afficieren sich die Ansprüche exceptionsmäßig."

Tatsächlich findet die vorerwähnte Anschauung, durch das aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen sei die Kraft derselben völlig gehemmt, wenn nicht bereits vernichtet, nach weitverbreiteter Ansicht ihre Stütze in dem objektiven Wortlaut der verschiedenen einschlägigen, materiellen Vorschriften;[10] [11] so im § 390 BGB, wo trotz Verjährung die Aufrechnung möglich ist, wenn die verjährte Forderung zu dem Zeitpunkt, in welchem sie gegen die andere aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war; weiterhin im § 406 BGB, wo trotz der Uebertragung der Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufgerechnet werden kann, wenn die Forderung, mit der aufgerechnet wird, nicht gerade später als die abgetretene

---

1) Fr. Leonhard, Arch. f. ziv. Pr. S. 208, cfr. auch Feder a. a. O. S. 496, 497
2) Dernburg B. R. Bd. II Abs. 1
3) Cosack § 11 a. a. O.
4) Oertmann a. a. O. § 386, 3b Nr. 4
5) Zeitschr. f. Z. Pr. Bd. 26 S. 35 (die sogen. Suspensivtheorie)
6) Dogm. J. Bd. 43 S. 435.
7) Endemann „Einf." in d. BGB. Bd. 1 S. 643, 644
8) Liebknecht a. a. O.
9) Siber a. a. O. S. 115
10) Ennecc. § 293 Lehrb. Bd. II S. 215
11) Staud. a. a. O. Vorbem. z. § 158 BGB Nr. 4 Abs. 2

fällig geworden ist. Zur Darlegung der Bedeutung, [1]) die eine weit verbreitete Ansicht dem Zustand der Aufrechenbarkeit zulegt, sei weiterhin angeführt, daß hiernach der in Unkenntnis seines Kompensationsrechts zahlende Schuldner nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung § 812 ff BGB seine Leistung zurückverlangen kann.

Die Erklärung ist nach dieser Ansicht lediglich die Form der Geltendmachung. Zu Recht werde es daher danach abgelehnt. [2]) hinsichtlich des Institutes der Aufrechnung, einen Vergleich mit der Zahlung zu ziehen. § 267 BGB gelte ja nicht einmal für das fragliche Rechtsinstitut. [3]) Auch sonst ergäben sich wichtige Unterschiede nach Wortlaut und rechtlicher Struktur. (In dem einen Falle zwei Forderungen.) [4])

Prozeßrechtliche Gesichtspunkte.

Gesetzeswortlaut.

Auf dem Gebiete des Prozeßrechtes wird dementsprechend in weitem Umfange von Rechtsprechung und Literatur der Standpunkt vertreten, daß das aufrechenbare Gegenübertreten maßgeblich sei für den Entstehungszeitpunkt der nach § 767 ZPO zulässigen Einwendungen. Begründet wird diese Anschauung einmal mit dem Wortlaut des § 767 ZPO, der von den Gründen der Einwendung redet.[5]) Nicht umsonst aber brauche der Gesetzgeber den Ausdruck Gründe; rede also lediglich von dem Grund der Einwendung und nicht dieser selbst. Danach seien unter den Gründen lediglich die der Aufrechnung zugrunde liegenden Tatsachen zu fassen.[6])

Diese Stellungnahme steht auch nicht im Widerspruch mit der zuvor dargetanen Auffassung vom Rechtsinstitut der Rechtskraft. Will doch diese im denkbar weitesten Ausmaß das gesamte in der Instanz vorbringbare Material ausschließen [7]) und den gesamten Streitstoff regeln. Nach maßgeblicher Auffassung bewirkt ja die Rechtskraft [8]) hinsichtlich aller klagebegründeten Tatsachen aber auch (worum es sich hier vor allem handelt) der Einredetatsachen eine Abschneidung des gesamten Prozeßstoffes in Hinsicht auf die erlassene Entscheidung. Danach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bereits der Zustand der Aufrechenbarkeit der endgültigen Regelung mit unterliegen muß. Ein gleiches gilt natürlich auch von der später näher behandelten Anfechtbarkeit.

Die Stellungnahme der Praxis.

Der Standpunkt, daß der Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens maßgeblich für das Prozeßrecht sei, findet weitverbreitete

---

1) Ennecc. Lehrbuch § 294, 1b—c.
2) Hein A. a. O. S. 102.
3) Recht 01 S. 491ff.
4) Gaupp-Stein § 767 II 2 Abs. 3
5) Zeitschr. f. Zivilproz. Bd. 43 S. 17
6) Oertmann, Aufr. S. 110 Nr. 3 § 117.
7) Rich. Schmidt a. a. O. S. 029.
8) Gaupp-Stein zu § 322 ZPO. VI u. VIII.

Billigung.[1] [2] So äußern sich bedeutsame RG-Entscheidungen,[3] [4] daß der § 767 ZPO es lediglich auf das objektive Gegenübertreten abstelle und unberücksichtigt lasse, ob die Aufrechnungserklärung schuldhaft oder nicht nach dem fraglichen Zeitpunkt erst vorgebracht werde. Den gleichen Standpunkt vertritt auch Falkmann[5] hinsichtlich eines gleichliegenden Falles; danach muß eine vor dem fraglichen Stichzeitpunkt entstandene Aufrechnungsmöglichkeit auch spätestens bis zum Eintritt desselben (es handelt sich hier auf dem Gebiete des Konkursrechtes um den entsprechenden Zeitpunkt der Abhaltung des Prüfungstermines) verwertet werden.[6] Dieser gleichartige, grundsätzliche Standpunkt ergibt sich weiterhin aus einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm, wo sich allerdings hinsichtlich des Erkenntnisses um einen Schiedsspruch handelt, aber deutlich zum Ausdruck gebracht ist, daß Einwendungen sobald wie möglich vorgebracht werden müssen; daß eine willkürliche Unterlassung nicht zulässig sei.

Zur weiteren Stütze dieser Ansicht, daß auch für das Prozeßrecht der Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens maßgebend sei, sei in diesem Zusammenhang erwähnt, daß im Falle des Vorliegens eines Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses aus dem gleichen grundsätzlichen Gesichtspunkte mit einer gegen den abtretenden Gläubiger bestehenden Gegenforderung auch dem Erwerber gegenüber aufgerechnet werden kann, falls vor Erlaß des fraglichen Beschlusses bereits die sogenannte Aufrechnungssituation bestand.[7]

Dieser Standpunkt der Bedeutsamkeit des aufrechenbaren Gegenübertretens im Prozeßrecht findet auch seinen Niederschlag in der Literatur über die Kostenregelung.[8] [9] Nach weitverbreiteter Anschauung hat nämlich der Kläger die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, wenn während des Prozesses in zulässiger Weise gegenüber der Klagforderung aufgerechnet wird. Dieselbe wird dann als von Anfang an als unbegründet angesehen.

Zweckmäßigkeit. (Prozeßrecht.)

Dafür, daß das aufrechenbare Gegenübertreten als maßgeblicher Entstehungszeitpunkt der nach § 767 ZPO zulässigen Einwendungen anzusehen ist, spricht vor allem auch die Zweckmäßigkeit. Wie bereits zu Eingang der gesamten Ausführungen erwähnt ist, verträgt die Natur der Zwangsvollstreckung Verschleppung und Hinaus-

1) Recht 1909, Nr. 2481.
2) Warneyer 1910, Nr. 76 und 1913 Nr. 389.
3) R.G.J.W. 1894 S. 126.
4) J.W. 1913. 1918 — Seuff. Bl. Bd. 72 S. 126.
5) Falkmann a. a. O. — cfr. Jäger, K.O. Bd. I § 145, 153, Anm. 25.
6) Falkmann a. a. O. S. 389, 393 und Jäger w. o.
7) Ennecc. Lehrb. § 308 II 4.
8) R.G. 50 S. 38.
9) R.G. J.W. 1902 Beil. S. 198.

schiebung nicht. [1] [2] [3]) Ein möglichst energischer Fortgang der Vollstreckung muß naturgemäß gesichert werden. Im Widerspruch würde es hiermit stehen, wenn man den Aufrechnungsgrund erst mit der vollzogenen Erklärung als eingetreten ansehen würde; denn eine vom eigenen Willen abhängige Erklärung öffnet geradezu der Verschleppung und der Schikane Tür und Tor. Der Beklagte würde in der Lage sein, [4] durch nachträgliches Vorbringen den Rechtsstreit beliebig zu erneuern.

Vor allem entspricht eine derartige Einschränkung der im Wege der Vollstreckungsgegenklage noch vorbringbaren Einwände auch der allgemein, vor allem in Laienkreisen herrschenden Auffassung von der Aufrechnung im Prozeß. Wer verklagt wird und weiß, daß er aufrechnen kann, fühlt sich nämlich gar nicht mehr als eigentlicher Schuldner. Auch entbehrt eine derartige Regelung, wie die Vertreter dieser Anschauung zu Recht hervorheben, der Billigkeit nicht, da selbst dem Schuldner, der hier mit Rücksicht auf den Entstehungszeitpunkt mit der Geltendmachung der Einwendung der Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz ausgeschlossen ist, die fragliche Einwendung erhalten bleibt. Er kann sie jederzeit im gesonderten Prozeß verwerten.

Systematik (hinsichtlich des Prozeßrechts).

Aber nicht nur, wie bereits vorerwähnt, durch die Vorschriften des materiellen Rechts — ergänzend seien hier die §§ 346, 357, 776, 199 und 200 BGB und KO § 46 hervorgehoben, sondern auch durch maßgebliche Bestimmungen des Prozeßrechts wie die §§ 278 und 529 ZPO werden die vorgetragenen Gesichtspunkte, vor allem der der Verneinung jeder Verschleppungsmöglichkeit gestützt.

Die Bedeutung der Aufrechnungserklärung im Rahmen dieses Prinzips.

Weiterhin soll nunmehr im Rahmen der vorentwickelten gleichartigen Grundanschauung die Bedeutung der Aufrechnungserklärung gewürdigt werden. Grundvoraussetzung ist natürlich, daß es sich um eine wirksame Aufrechnungserklärung handelt. Jene Ansicht, die die Erklärung einer Aufrechnung im Prozeß schon an sich als unzulässig ansieht, ist wohl nach überwiegender Anschauung als unrichtig zu bezeichnen. Unter Widerlegung der von den Vertretern dieser fehlgehenden Auffassung vorgetragenen Gesichtspunkte sei betont. Das Vorbringen des Einwandes der Aufrechnung kann sehr gut, falls

---

[1]) Gaupp-Stein § 767 III 2 Abs. 3.
[2]) R.G. Bd. 64 S. 228.
[3]) J.W. 1902 S. 531 — 1904 S. 96 — Gruch. Bd. 57 S. 726.
[4]) Gaupp-Stein § 767 II 2 Abs. 3 — JW. 1917 S. 45, JW. 1894 S. 120, JW. 1913 Nr. 18, wo die gleichliegende Ansicht aus dem Wortlaut des § 767 ZPO. hergeleitet wird. — So auch Hellwig, System § 287 5c, Seuff. a.a.O. § 767 Nr. 3 — Warneyer, Kom. § 389, OLG. 16, 293 R. G. Z. 64 S. 22 — Warneyer Nr. 76 1910.

eine entsprechende Erklärung der Aufrechnung in sich enthalten. In diesem Falle schließt eben das Vorbringen der prozessualen Einwendung zugleich die materiellrechtlichen Wirkungen der Aufrechnungserklärung in sich (so auch die Verfasser des BGB — cfr. Förtsch in Gruchot Bd. 42 S. 225 — Gruchot Bd. 64 S. 253).

Unsere weitere Aufgabe ist nunmehr, zu untersuchen, ob und in welchem Maße der Aufrechnungserklärung rückwirkende Kraft auf den **Zeitpunkt** des aufrechenbaren Gegenübertretens beigemessen werden kann, sodaß **dieser** als der maßgebliche Zeitpunkt hinsichtlich des Wirksamwerdens der Aufrechnung angesehen werden kann.

Geschichtliches.

Man findet im römischen Recht nicht nur die bereits vorhin dargetane Ansicht vertreten, daß das für die Aufrechnung wesentliche bereits in dem aufrechenbaren Gegenübertreten liege, sondern es findet sich auch die weitverbreitete Anschauung, daß die eigentliche Wirkung der Aufrechnung auf der rückwirkenden Kraft der Aufrechnungserklärung beruhe. Dieser Standpunkt wird sowohl hinsichtlich der vom Richter vollzogenen als der vereinbarten Aufrechnung eingenommen.[1]) Unter der Rückwirkung wurde nach dieser Auffassung die absolute Zurückbeziehung eines Ereignisses in all' seinen Auswirkungen auf einen früheren Zeitpunkt verstanden.

So war der kriegsgefangene Römer seiner Eigentumsrechte verlustig,[2]) er galt als in Kriegsgefangenschaft gestorben; kehrte er aus der Gefangenschaft zurück, so trat mit rückwirkender Kraft der ursprüngliche Rechtszustand wieder ein.[3]) Auch hinsichtlich der vom Feinde eroberten Beute galt ius post liminii; wurden sie dem Feinde abgenommen, so lebte das alte Eigentum rückwirkend wieder auf.

Der Nießbraucher einer Herde erhielt den gesamten fructus, den Ueberschuß, zu Eigentum. Mit der Abrechnung ergab sich aber erst die genaue Höhe des Ueberschusses; mit diesem Zeitpunkt trat die entsprechende rückwirkende Regelung der Eigentumsverhältnisse ein[4])

Die Bedeutung der Rückwirkung auf Grund erfolgter Aufrechnungserklärung haben auch die Lehrer der Pandekten anerkannt, wenn auch[5]) — dies hebt Jhering zu Recht hervor — vielerseits die Rückwirkung der Form nach, aber nicht tatsächlich ihrem inneren Kerne nach verworfen worden ist. Dies ergibt sich aus den Werken Vangerow's der die rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt des Gegenübertretens hervorhebt; ferner den Ab-

---

[1]) Ennecc. Lehrb. § 294 I Anm. 1—5

[2]) Fitting, Rückzieh. S. 5, 17, 18, 63, 118 — Ennecc. Lehrb. § 75 Nr. 3; § 294 I, II; Rechtsgesch. S. 233 ff — Philippsborn, Gr. Bd. 64 S. 10 ff, 11, 12, 23, 24.

[3]) Thibaut, Syst. des Pand. r. § 92 — Savigny, Syst. Bd. 3 S. 150

[4]) L. 70 § 1, L 69 § 1, 2 de usufruct. D.

[5]) Lippmann in Jhr. Jahrb. Bd. 32 S. 150, 161

handlungen Kuhlenbeck's [1] [2]), der dem römisch rechtlichen Satze: „ipso iure compensatur" eine derartige Bedeutung für das römische Recht beilegt.

Im gemeinen Recht sowie in vielen Partikularrechten wird nach der Ansicht mancher, der Zeitpunkt des Gegenübertretens, auf Grund der rückwirkenden Kraft der Erklärung, als maßgeblich angesehen.

Bedeutsam ist in dieser Hinsicht auch der Standpunkt, den der Entwurf 1 zum BGB, sowie die Motive einnehmen [3]) [4])

Der E. I hatte nicht nur die Rechtsgeschäftlichkeit, sondern auch die Rückwirkung der Aufrechnung mit großer Reinlichkeit, im Gegensatz zum alten Rechte durchgeführt. Von den Motiven des E. I wird die Rückwirkung als gesetzliche Fiktion bezeichnet. Wenn auch in der zweiten Kommission hierüber heftig gestritten worden ist, so wurde doch dieser Standpunkt auch dort anerkannt. Zweckmäßigkeitserwägungen waren maßgebend. Man fürchtete fernerhin gewisse hierdurch mögliche Widersprüche (auf dieselben wird weiter unten noch eingegangen).

Wissenschaft und Praxis der Gegenwart.

Auch nach weitverbreiteter Rechtsauffassung der Gegenwart wird das Institut der Rückwirkung mit der Maßgabe anerkannt, daß entsprechend der gesetzlichen Vorschrift des § 389 BGB für die Aufrechnung in jeder Beziehung der Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens maßgebend sei. Naturgemäß — diese Unterscheidung sei hier zur besonderen Darlegung und Abgrenzung des Instituts der Rückwirkung vorgenommen — befindet sich diese Auffassung, wenn auch für die von uns hierzu behandelnden praktischen Fragen das Ergebnis ein gleiches sein mag, in scharfem Gegensatz zu der bereits früher erörterten „Klarlegungstheorie" von Enneccerus und Fitting.[5])

Nach dieser Theorie soll nichts Geschehenes rückgängig gemacht werden. Nicht rückwirkend könne deshalb die Rechtsordnung umgestaltet werden; wohl aber könne diese gebieten, daß etwas so gehalten werden solle, als wenn es früher so oder so gewesen wäre. Nicht könne, so äußert sich von Thur, der Gesetzgeber in Umkehrung des Kausalitätsprinzips [6]) eine Wirkung gebieten, die zeitlich vor der Ursache liege; nur im Wege einer Annahme (Fiktion) sei es möglich, zu einer derartigen Anschauung zu gelangen. — Weigelin tritt der Klarlegungstheorie mit den bestechendsten Gründen gegenüber. Zu Unrecht gehe jene von einem Zustand der Ungewißheit aus; eine Ungewißheit liege aber gar nicht vor, es werde nichts klargelegt. Es handele sich hier lediglich um eine Fiktion; dies bringe das Gesetz

---

1) Vangerow, Pandekt. Bd. 3 S. 351, 360
2) Kuhlenbeck, Pand. § 26 Nr. 5
3) Petersen ZPO. S. 254, 261
4) Lippmann Jher. Jahrb. Bd. 43 S. 435 ff — Mot. E. 1 Bd. 2 S. 108, 109 — Prot. Bd. 1 S. 366 — Petersen i. Bl. f. R. A. Bd. 64 S. 253
5) Philippsborn in Gr. Bd. 64 S. 10, 12
6) v. Thur a. a. O. Bd. 2, erste Hälfte § 43 — Arch. f. B. R. W. v. Seeler Bd. 15 S. 104

deutlich zum Ausdruck, indem es das Wort „gelten" brauche [1]) Aehnlich äußert sich auch Feder bei seiner Erläuterung des Begriffs der Rückwirkung. [2])

Er betont zudem, daß es wohl eine Rückwirkung im rechtlichen, fingierten, nicht aber im physikalischen Sinne gäbe. Die gleichen Gesichtspunkte, die zur Darlegung der besonderen Kraftwirkung des Zustandes des aufrechenbaren Gegenübertretens angeführt sind, werden auch hier betont (siehe S. 32, 33, 35 oben). Insbesondere stützt sich diese Auffassung auf die gleichen Gesetzesbestimmungen, aus denen bereits Rechtswirkungen im Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens zu entnehmen sind; so insbesonnere auf die §§ 390, 392, 406, 554 Abs. 2, 770, 1211/BGB, §§ 54, 55 KO. [3]) [4])

Zur Stütze dieser Anschauung dient ferner die herrschende Rechtsauffassung, daß vom Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens der Zinslauf aufhört, Vertragsstrafen nicht mehr verfallen sind, der Verzug als nicht eingetreten, oder wenn er schon vorlag, als wieder aufgehoben gilt; [5]) weiterhin, daß der in Unkenntnis der Aufrechnungslage zahlende Schuldner ein Rückforderungsrecht hat. Dafür, daß der Schuldner nicht durch willkürlich späte Aufrechnung Vorteile erlangen und somit der Zeitpunkt der Aufrechnungsmöglichkeit maßgebend sein soll, sprechen auch die §§ 199, 200 BGB und §§ 278 und 529 ZPO.

In welchem Umfange die Praxis den Zustand des aufrechenbaren Gegenübertretens als maßgeblich für den Entstehungszeitpunkt der Einwendungen des § 767 ZPO ansieht, ist bereits oben dargelegt worden. Da dieselbe auch der rückwirkenden Kraft der Erklärung fast uneingeschränkt hohe Bedeutung zuerkennt, so kann bei diesen Darlegungen auf die obigen Entscheidungen etc. Bezug genommen werden. [6]) In wie völliger Weise gerade hier eine Rückwirkung angenommen wird, ergibt sich aus der bereits erwähnten, aber seiner besonderen Beweiskraft wegen nochmals angeführten Stellungnahme der Praktiker zur Frage der Prozeßkosten. Rechnet nämlich der Beklagte im Prozesse auf, und liegt der Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens vor der Klagerhebung, so hat der Kläger die Kosten zu tragen. [7])

Zweckmäßigkeit, Billigkeit.

Für diese Auffassung sprechen naturgemäß die gleichen Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe, die bei der Charakterisierung des

---

[1]) Weigelin a. a. O. S. 7, 10, 15, 17
[2]) Feder a. a. O. S. 415 (cfr. auch die bei den einzelnen Werken cit. Literat.)
[3]) Planck § 389 u. 554 a. a. O. BGB.
[4]) Lippmann, Jh. J. Bd. 43 S. 435 ff — R. G. Kom. 389 Nr. 3 —
[5]) Ennecc. Bd. 2 § 294 II 1 a; Staudinger § 389 II 3; Planck, Kom. § 389 Nr. 2; R.G.C. § 389 Nr. 3
[6]) OLG. Bd. 16 S. 293 — Hein a. a. O. S. 109 ff § 10 — Petersen, Bl. f. R. A. Bd. 64 S. 253 — Warneyer § 389 3. letzt. Abs., siehe auch RG. Kom. § 389 Nr. 3 —
[7]) Warneyer, Kom. z. BGB. § 389 1a, 3. Abs.

Zustandes des aufrechenbaren Gegenübertretens (S. 34 u. 35 d. Arb.) angedeutet worden sind. Auf die dortigen Darlegungen wird daher verwiesen. Insbesondere rechtfertigt sich hier die in Frage stehende Anschauung, aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit aus § 396 BGB. [1]) Gerade hier könnte für den redlichen Geschäftsmann leicht Schaden entstehen. Oftmals [2]) unterlassen nämlich Geschäftsleute die Geltendmachung älterer Forderungen in dem irrigen Glauben, diese seien durch Entnahmen von Waren ihrerseits getilgt worden. Gäben sie dann erneut Waren auf Kredit, so könnten sie unter Umständen dadurch Nachteile haben, wenn es dem Schuldner freistände, anstatt gegen die alte gegen die neue Schuld aufzurechnen. Hier gilt aber in Verbindung mit § 396 BGB die Vorschrift des § 366 BGB, wonach, wenn eine Bestimmung seitens des Schuldners nicht erfolgt ist, diejenige Schuld als erloschen anzusehen ist, die, falls sämtliche Schulden fällige sind, dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet. Es wird also im Wege der Rückwirkung eine Aufrechnung angenommen, die auf den Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens der vorgenannten Forderung des Gläubigers und der Gegenforderung des Schuldners zurückgeht.

b) **Die Ansicht, für den Entstehungszeitpunkt der nach § 767 ZPO in Frage stehenden Gründe sei der Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung maßgebend.**

Die Vertreter dieser Anschauung stützen sich auf die verschiedensten nachstehend aufgeführten Gesichtspunkte:

Geschichtliches.

Auch sie fußen auf den römischen Quellen und betonen, es sei dort ja selbstverständlich gewesen, daß die Aufrechnung auch geltend gemacht werde. Hierbei sei der Grundgedanke gewesen, daß das aufrechenbare Gegenübertreten zunächst ohne Wirkung sei. Zur gültigen Aufrechnung selbst sei doch die Erklärung des Schuldners im Prozeß und die Kompensation [3]) [4]) damals durch den Richter erforderlich gewesen. Sowohl Azo [5]) (cfr. Anm. 3 S. 28 d. Arb.) als auch sein Lehrer Johann Basianus und überhaupt die neueren Rechtslehrer seien im Gegensatz zu der Ansicht des Martinus der Auffassung gewesen, daß die Existenz einer Forderung nicht dadurch afficiert werde, daß der Gläubiger Schuldner seines Schuldners und umgekehrt werde. [6]) Die Vorgenannten stützen sich vor allem auf

---

1) Bl. f. R.Anw.. Bd. 64 S.253 (Petersen); J. W. 1902 S. 531 (R. G. E. 14. 10. 02)
2) Ennecc., Lehrb. § 295 Anm. 3 und § 304 I 4b.
3) Ennecc., Lehrb. § 292 Anm. 2 II
4) Staud. Kom. 3. Titel z. Kap. Aufrechnung 1 Abs. 2
5) Dernburg, Kompens. S. 285
6) Hasse, Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 7 S. 156

die unten angeführten Quellenstellen. [1]) Sie geben aber selbst zu, daß die Geltendmachung der Aufrechnung von den Quellenstellen kaum erwähnt werde; dieses sei eben nach ihrer Auffassung allerdings auch ganz selbstverständlich. Die Vertreter dieser Auffassung betonen dann weiterhin, daß dieselbe [2]) in die glossa des Accursius übergegangen und alsdann in Frankreich unter Pothier herrschend geworden sei. Weiterhin geben sie allerdings zu, daß den Verfassern des A.L.R. dieser Gedanke noch nicht vorgeschwebt habe; aber die Interpreten dieses Gesetzbuches verlangten dennoch als Gültigkeitserfordernis der Aufrechnung auch die Geltendmachung derselben.[3]) Sie stützen sich weiterhin auf den neueren sächsischen Entwurf [4]), § 1002, sowie auf den Artikel 318 des Großherzoglich-Hessischen Entwurfs, wo von Wettschlagung die Rede ist, die beantragt werden müsse. Sie verweisen weiterhin [5]) auf die heftigen Kämpfe in den Kommissionen bei der Schaffung des BGB, wo darüber gestritten worden sei, ob der Erklärungszeitpunkt maßgeblich oder ob die Rückbeziehung keine Anomalie, sondern der normale Zustand sei. Es sei dort nicht festgestellt worden, daß die Rückwirkung dem Wesen des Instituts der Aufrechnung entspreche. Lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägungen habe man überhaupt dem Gesichtspunkt der Rückwirkung Bedeutung beigemessen.

Wortlaut des Gesetzes, Stellungnahme der h. M. etc.

Auch auf den Wortlaut des Gesetzes (§ 387) glauben die Vertreter dieser Auffassung fußen zu können. Deutlich bringe das Gesetz zum Ausdruck (§ 389 BGB), [6]) daß die Aufrechnungserklärung sehr bedeutsam sei. Aus dem Wortlaut dieses Paragraphen sei klar erkennbar, daß erst mit der vollzogenen Aufrechnungserklärung die Rechtswirkungen eintreten. Die Bedeutsamkeit der Erklärung ergebe sich weiterhin aus dem § 396 in Verbindung mit § 366 Abs. 2 BGB, [7]) [8]) denn dort habe der zur Erklärung Berechtigte ein wichtiges Bestimmungsrecht hinsichtlich der gegeneinander aufzurechnenden Forderungen. [9]) Für die Wichtigkeit der Erklärung spreche ferner der § 268 BGB. Jeder Dritte (§ 388 Planck a. a. O. Kom. z. BGB), dessen Forderung der des Klägers gar nicht gegenüberstehe, wo eine Aufrechnungssituation also nicht vorliege, könne den Gläubiger befriedigen. (Lippmann; dogm. Jahrb. Bd. 43 S. 436 ff.)

---

[1]) § 44 D S. 1 de contitut. act. 27, 4 erit arbitrii eiu utum compensans au petere velit (cfr. ferner L. 5 D de comp. 16,2 Ennecc. § 294 Anm. 2—6).
[2]) Bornemann „Darst. des Pr. Zivilr.", Bd. 3 S. 371.
[3]) Dernburg, Komp. S. 288. — Koch, Recht der Forderungen, Bd. 2 S.635.
[4]) Dernburg, wie oben. — Großh. Hess. Entwurf, Bd. 1 Tit. 4 Art. 318.
[5]) Planck, Kom. § 389 Nr. 4.
[6]) Oertmann, § 389 BGB Kom. Nr. 4.
[7]) Planck, Kom. z. BGB Nr. 3 § 389.
[8]) Oertmann, Schuldr. § 389 1 c.
[9]) Ennecc. Lehrb. § 292 II.

Für die Bedeutsamkeit der Aufrechnungserklärung spricht ferner, daß die frühere gesetzliche Regelung den Ausdruck „der Einrede der Kompensation" verwandt habe, während das Gesetz heute den Ausdruck der Geltendmachung der Aufrechnung brauche. — Maßgebend ist in dieser Hinsicht nach dieser Anschauung die Aufrechnungserklärung; von vielen wird sie mit der Zahlung verglichen (Schollmeyer a. a. O. S. 330 — Falkmann a. a. O. § 62 S. 241 — cfr. die Aufrechnung mit der Leistung; Falkmann nennt sie einseitige Zwangsaufrechnung).[1]) Der Umstand, daß die Aufrechnungserklärung selbst von den entschiedenen Gegnern dieser Auffassung,[2]) als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft angesehen werde, spreche, — wie die Vertreter derselben betonen —, ebenfalls für die Bedeutsamkeit der Aufrechnungserklärung. In welchem Maße die Vertreter dieser Auffassung [3]) der Aufrechnungserklärung Bedeutung beimessen, ergibt sich aus ihrer entsprechenden Stellungnahme in der Kostenregelungsfrage. Nach dieser Ansicht hat der Beklagte, der erst nach Klagzustellung die Klagforderung durch Aufrechnung tilgt, die Kosten zu tragen, denn danach ist ja die Erklärung maßgebend. In der Praxis ist ja diese Ansicht ebenfalls in weiten Kreisen anerkannt. Von den Vertretern derselben [4]) [5]) wird vor allen allerdings betont, daß nach dem Willen des Gesetzes die entgegengesetzte Anschauung deshalb keine Anwendung auf das Prozeßrecht finden könne, da ja der Gerichtsstand — cfr. § 23 ZPO — unberührt von der rückwirkenden Kraft der Aufrechnungserklärung bleibe.[6])

Nach dieser Auffassung ist die Aufrechnung als ex nunc wirkende Erledigung des Rechtsstreites aufzufassen. Nicht das aufrechenbare Gegenübertreten sei Grund des im Wege der Klage aus § 767 ZPO geltend zu machenden Einwandes. Auch die Aufrechnungserklärung gehöre zum Tatbestand derselben. [7]) [8]) [9]) Leonhard, [10]) der diesen Standpunkt ebenfalls vertritt, hebt folgendes hervor: Gemäß § 767 ZPO sei der Einwand der Aufrechnung nicht gegeben, so lange die Erklärung nicht erfolgt sei; und Kohler's Ansicht, daß das rechtskräftige Urteil (cfr. auch Lippmann, Jhr. Jahrb. Bd. 43 S. 435 ff Anm. 8) auch solche Verhältnisse erledige, die noch eines einseitigen Aktes bedürfen, sei falsch. Planck hebt hervor,[11]) daß hiernach die Auffassung der Protokolle S. 1414 wohl nach der bisherigen Anschauung, aber nicht nach der gegenwärtigen richtig sei. Weigelin betont, daß zudem hiergegen auch das Prinzip der Rückwirkung

---

[1]) Ennecc. Lehrb. § 292 II
[2]) Planck, Vorbemerkungen 2 Nr. 3 Abs. 3 cfr. oben
[3]) R G.R. Förtsch, Gr. Bd. 42 S. 229
[4]) Weigelin a. a. O. S. 20, 21 § 2
[5]) Neumann, Schuldrecht § 389 — R.G. 58 S. 258
[6]) Goldschmidt, Verhandlg. d. 11. Deutschen Juristentags Bd. 21 S. 154 ff
[7]) Förtsch, Gr. Bd. 42 S. 229.
[8]) Kohler, Zeitschr. f. Ziv. Pr. Bd. 24 S. 22
[9]) Leonhard, Aufrechn. S. 156 ff — Petersen-Anger a. a. O. § 767
[10]) Leonhard w. o. O. 156 ff
[11]) Planck, Kom. § 289 Nr. 4

spreche. **Diese** stelle lediglich[1]) eine Verstärkung des **Rechtes** des Aufrechnungsberechtigten dar. Sie haben nur Bedeutung für die von **ihm** betroffenen und von **ihm** abhängigen Rechtsverhältnisse, lasse dagegen andere Verhältnisse, die hiermit nichts zu tun haben, unberührt. Danach sei nicht wegzuleugnen, daß entsprechend dem vorerwähnten hier in Frage stehenden Prinzip — und in Bestätigung desselben hinsichtlich der Kostenfolge — erst die nachträgliche Erklärung, Tilgung und zwar nach Klagerhebung, bewirke. Die konsequente Durchführung dieser Auffassung kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, daß die Erklärung das maßgebliche sei.

Billigkeit und Zweckmäßigkeit.

Von den Vertretern dieser Anschauung werden ebenfalls bedeutsame Billigkeitserwägungen ins Feld geführt. Der Schuldner habe naturgemäß ein besonderes Interesse daran, vor allem mit Rücksicht auf seine häufige Mittellosigkeit, sich mit allen ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten, also auch der Aufrechnung von der Schuld zu befreien. Er werde deshalb schon an und für sich so schnell wie möglich die Aufrechnung erklären, auch nicht auf Verschleppung trachten. Aber er müsse auch, so weitgehend wie möglich, sich in anbetracht seiner bedrängten Lage von seiner Schuld befreien können. Außerdem sei nicht zu verkennen,[2]) daß er zur Aufrechnung ja nicht verpflichtet sei, er wisse ja garnicht, ob der Gegner wolle. Eine uneingeschränkte Zurückbeziehung auf den Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens würde zudem zu den unannehmbarsten Ergebnissen führen müssen. Trotz Vertragsrücktritts müßte dann noch aufgerechnet werden können.

c) **Weitere abweichende Anschauungen.**

Im Zusammenhang mit der zuletzt erörterten Auffassung, daß der Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung maßgebend sei, sei eine weitere hiervon nur wenig abweichende **Anschauung** erörtert. Diese **Auffassung** ist in der Revisionsbegründung bezüglich des Urteils des OLG Karlsruhe (13. 5. 13; Warneyer, Jahrb. 1913 S. 461, 462) gestreift. Zwar geht auch diese Auffassung davon aus, daß hinsichtlich des fraglichen Entstehungszeitpunktes die Erklärung maßgeblich sei. Aber nach dieser Ansicht ist die Aufrechnung keine Einwendung, sondern schafft erst eine solche. Hieraus wird dann weiter gefolgert, daß da Klagegrund der Klage aus § 767 ZPO die **Einwendung** ist, diese Klage auf den Einwand der Aufrechnung nicht fußen könne. Die Klage könne doch nicht sich einerseits auf diesen Einwand stützen, andererseits aber denselben durch Geltendmachung der Aufrechnung im Wege dieser Klage erst schaffen; — diese Auffassung ist wohl nicht richtig. —[3]) Würde man ihr folgen, so ver-

---

1) Weigelin S. 19—21

2) Förtsch, Gr. Bd. 42 S. 229, 256

3) Kohler, Zeitschr. f. Ziv. Pr. Bd. 24 S. 22 unten; **Hellwig, Lehrb.** Bd. 1 §35 I Nr. 2; Warneyer, Jahrb. 1913 S. 461, 462 w. o. — a. A. Förtsch in Gr. Bd. 42 S. 225, 227

bliebe kein Raum mehr für die entsprechende Anwendung der Klage aus § 767 ZPO, falls nicht gerade die Aufrechnung bereits vor Klagerhebung erklärt worden ist. Allerdings ist zuzugeben, daß sich die genannte Klage auf den Rechtserfolg stützt. In der fraglichen Prozeßerklärung kann m. E. aber sehr gut einmal die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung, ferner gleichzeitig die dann erfolgende Verwertung der vollzogenen Aufrechnung gesehen werden. [1] [2]

Die Anschauung, die es auf Kenntnis bezw. Verschulden hinsichtlich der Geltendmachung des fraglichen Einwandes abstellt.

Von den Vertretern dieser Auffassung wird vor allem Stellung gegen die zuerst entwickelte Ansicht, daß der Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens maßgebend sei, genommen. Sie betonen nicht ganz zu Unrecht, daß diese Auffassung unter Umständen erhebliche Härten zeitige. Bei konsequenter Durchführung derselben würde derjenige, der in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes den noch rechtzeitigen Zeitpunkt der Geltendmachung verabsäumt, schwerstens geschädigt. Derartige Fälle könnten aber sehr häufig sein. Es sei daher besser, durch einen vermittelnden Weg einen gerechteren Ausgleich zwischen den sich hier schroff einander gegenüberstehenden Interessen des Gläubigers und des Schuldners zu schaffen.

Zahlreiche Vertreter dieser Auffassung haben daher eine Abstellung auf die Kenntnis von der Aufrechnungsmöglichkeit in dieser Hinsicht zu rechtfertigen gesucht. In diesem Zusammenhang erwähnt Eisele das römische Recht. Schon dort sei bei der gerichtlichen Kompensation der Zeitpunkt maßgebend gewesen, in welchem der Kompensationswille [3]) der anderen Partei bekannt wurde. In diesem Zusammenhang erwähnt weiterhin Dernburg, [4]) daß im römischen und gemeinen Recht der Aufrechnungseinwand nur dann noch in der Executionsinstanz noch zuläßig gewesen sei, falls die Tatsachen, die der Kompensation zu Grunde lagen, erst später — nämlich nach der Litiskontestation — bis zu welchem Zeitpunkt des Prozesses sie an sich vorzubringen waren — entstanden oder (darauf kommt es hier an) bekannt wurden. Die Preußische Verordnung vom 4. 3. 1834 [5]) § 6 (Preuß. Ges. Samml. Jahrg. 1834 S. 32) stellte es hinsichtlich des Entstandenseins der fraglichen Einwendungen im Sinne des alten Paragraphen 635, des späteren § 686 ZPO ebenfalls auf die Kenntnis ab. Auch Oertmann betont, daß dem Berechtigten das Bestehen des Rechtes bekannt sein müsse. [6]) [7])

---

1) Kohler, Zeitschr. f. Z. P. Bd. 24 S. 22
2) Oertmann, Aufrechnuug S. 108 ff
3) Eisele, Kompens. S. 388 ff
4) Kompensation S. 457
5) C. Hahn „Die gesamt. Materialien zur ZPO. und den EG. zu ders." vom 30. 1. 77. Berlin 1881 Abt. 1 S. 437, 438
6) Oertmann, Aufrechnung S. 110 ff
7) Lippmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 32 S. 100 ff — cfr. auch Leonhard, Aufrechnung S. 156, 157

Von anderem wiederum wird demgegenüber, m. E. durchaus zu Recht vorgetragen, daß man schon allein mit Rücksicht auf die ganze Einstellung des Schuldners den Einwand nicht erst mit der Kenntnis des Schuldners von seinem Gegenrecht als entstanden ansehen könne. Wenn z. B. der Schuldner übertrieben sorglos, gleichgültig oder gar leichtsinnig gewesen ist, könne er mit Rücksicht auf die Interessen des Gläubigers billigerweise nicht trotzdem noch die Möglichkeit des Vorbringens entsprechender Einwendungen haben. Die Vertreter dieser Auffassung halten eine Abstellung auf Verschulden daher für zweckmäßiger und richtiger. Allerdings betonen sie zu Recht, daß dieses Verschuldensprinzip fast unser ganzes Recht beherrscht, nicht nur für das BGB fast völlig maßgeblich sei, sondern auch letzten Endes die Richtschnur der Zivilprozeßordnung darstelle. Sie stützen sich hierbei besonders auf die §§ 232, 251a, 274, 279, 529 ZPO. Aus dem Wortlaut dieser Vorschriften ergibt sich allerdings deutlich, in welch hohem Maße hier dem Verschuldungsprinzip Rechnung getragen wird. [1] [2]

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang auf die OLG.-Entscheidung im 16. Bande S. 192 verwiesen. In dieser Entscheidung (OLG. Dresden II Ziv. Sen. Urt. v. 25. 11. 07) wird in einem gleichartigen Falle, in welchem der Rücktritt im Wege der Klage aus § 767 ZPO einwendungsweise vorgebracht wird, festgestellt, daß § 767 ZPO auch den Schuldner schützen wolle, daß dieser kein Recht geltend zu machen brauche, häufig auch nicht könne, da er die Einwendung — die citierte Entscheidung meint wohl schuldlos — nicht kenne. Vor allem aber hebt diese Entscheidung hervor, daß unter entsprechender Abwägung der Interessen des Gläubigers und des Schuldners es auf schuldlose Unkenntnis abgestellt werden müsse hinsichtlich der Begrenzung der Geltendmachung des fraglichen Einwandes. Nach dieser Auffassung hat allerdings die Beweislast dafür, daß er sich in Unkenntnis befunden habe, der, der sich darauf beruft.

3. Zusammenfassung, Rückblick und eigene Anschauung.

Wenn auch diese Auffassung erhebliche Billigkeitsgesichtspunkte für sich haben mag, so kann doch ihre Verwendung für die Praxis ernstlich nicht in Frage kommen. Nach Wesen und Ausmaß der Rechtskraft, die eine Abschneidung des gesamten vorhandenen Prozeßstoffes in Hinsicht auf die erlassene Entscheidung darstellt, mit Rücksicht auf die für das Verkehrsleben unbedingt erforderliche, einmal eintretende, unwiderrufliche, endgültige Regelung streitiger Rechtsverhältnisse — es wird auf die früheren entsprechenden Erörterungen v. S. 8, 9, 34, 35 d. Arb. verwiesen — muß man der Anschauung den Vorzug geben, die es auf die objektive Aufrechnungsmöglichkeit hinsichtlich der Zulässigkeit des Vorbringens weiterer Einwendungen

---

[1]) Gelb a. a. O.

[2]) Loth. Seuffert § 767 Nr. 3 a u. b und Gaupp-Stein § 767 II 2, Kom. z. ZPO. — LGR. Lazarus Nr. Bd. 52 S. 620

gemäß § 767 ZPO abstellt. Diese Anschauung trägt auch dem dargelegten Zweck der Zwangsvollstreckung am besten Rechnung.

4. Besonders geartete Fälle.

a) Einige Besonderheiten.

Weiterhin seien hier die folgenden besonders gearteten Fälle angeführt, die nur scheinbar eine etwas andere Regelung, als nach der oben dargelegten, von uns grundsätzlich als richtig erkannten, Auffassung in Frage steht, erfahren.

Wird die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, erst später durch Abtretung erworben, so kann der Schuldner gegenüber dem Gläubiger dieser Forderung selbst dann noch aufrechnen im Wege der Klage aus § 767 ZPO, falls die eigentliche Abtretung bereits vor dem nach § 767 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt lag, wenn er Kenntnis von der Abtretung erst nach dem fraglichen Zeitpunkt erlangt hat. In diesem Falle kommt es nämlich eben gerade auf die Kenntnis von dieser Abtretung seitens des aufrechnenden Gegners an. Dieses widerspricht aber der oben dargelegten Anschauung keineswegs, da gemäß § 406, 407 BGB eine vollwirksame Abtretung gegenüber dem Schuldner erst mit der Kenntniserlangung desselben hiervon vorliegt. [1] [2]

Besonders interessant und erwähnenswert ist weiterhin der folgende von Förster-Kann § 767 Nr. 3c (bb) S. 551 (Jahrgg. 1913) angeführte Fall: Der Gläubiger bringt in Benutzung einer bereits vor Beendigung der mündlichen Verhandlung eingetretenen Kompensationslage nachträglich die im Urteil festgestellte Forderung durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung zum Erlöschen. Dem Schuldner muß dann zur Geltendmachung des entsprechenden Einwandes die Klage aus § 767 ZPO schon deshalb zugebilligt werden, weil sonst der Gläubiger in der Lage wäre, die durch seine eigene Aufrechnung erloschene Forderung noch zur Vollstreckung zu bringen (RG v. 13. 8. 02 JW. 02 S. 531 [8]).

In diesem Zusammenhang sei des hiermit verwandten Falles gedacht, daß der Gläubiger durch Aufrechnung im Prozeß befriedigt wurde, der Schuldner persönlich aus irgendeinem Grunde hiervon nichts weiß und die erfolgte Aufrechnung im Urteil nicht berücksichtigt wird. Wenn der Gläubiger alsdann trotzdem die Zwangsvollstreckung betreibt, so begeht er eine unerlaubte Handlung, die ihn zum Schadenersatz gegenüber dem Schuldner verpflichtet. (actio doli § 826 BGB.) Dieser Schadensersatzanspruch geht allerdings in erster Linie auf Naturalrestitution (§ 249 ff BGB). Man ermöglicht aber dessen ungeachtet dem Schuldner, den an und für sich hier unzulässigen Einwand der Aufrechnung trotzdem noch dadurch zu ver-

---

[1] Loth. Seuff. Kom. § 767 Nr. 3b — RG. Bd. 84 S. 286

[2] Gaupp-Stein § 767 II 2 Abs. 3 — Förster-Kann Nr. 3 c — Hellwig, Anspruch und Klagrecht § 5 S. 364 Anm. 7

werten, daß man annimmt, jener Schadensersatzanspruch gemäß § 829 BGB entstehe erst mit dem Beginn der rechtswidrigen Vollstreckung. Er könne deshalb als exceptio doli im Wege der Klage aus § 767 ZPO. noch vorgebracht werden. [1])

Allgemein wird auch dem Schuldner das Recht zuerkannt [2]) [3]) sich nicht nur dann auf die erfolgte Aufrechnungserklärung des Gegners zu berufen, wenn er selbst ein Aufrechnungsrecht nicht besaß, sondern auch dann, wenn er ein solches besaß. Der Schuldner beruft sich ja hier nicht auf das eigene ausgeübte Gestaltungsrecht, sondern auf das des Gegners, auf deren Ausübung er keinen Einfluß hat.

Aber auch wenn ein Dritter nach dem fraglichen Zeitpunkt die gegnerische Forderung durch Aufrechnung tilgt, kann der Schuldner diesen Umstand im Wege der Klage aus § 767 ZPO selbst dann geltend machen, [4]) wenn die Aufrechnungsmöglichkeit, also der Entstehungszeitpunkt der Gegenforderung des Dritten vor dem fraglichen Zeitpunkt liegt. Die Berechtigung hierzu ergibt sich aus der Tendenz des § 268 BGB, daß nämlich der Vollstreckung auch durch solche Personen, die an der Nichtdurchführung derselben ein Interesse haben, Einhalt geboten werden kann. Dem Schuldner muß aber hier die Vergünstigung des § 767 ZPO deshalb zuteil werden, da ihm selbst ein Aufrechnungsrecht ja nicht zusteht.

Die Beschränkung des § 767 ZPO Abs. 2 kann auch weiterhin dann nicht zur Anwendung kommen, wenn allerdings die Aufrechnungsklage bereits vor dem fraglichen Stichzeitpunkt gegeben war, in jenem früheren Verfahren die Aufrechnung auch bereits geltend gemacht, aber als unstatthaft zurückgewiesen worden war.

b) Die Bedeutung der Streitveräußerung im Rahmen der Klage aus § 767 ZPO.

Im Rahmen unseres Themas ist weiterhin die strittige Frage zu behandeln, ob und inwieweit im Falle einer Streitveräußerung aus der Person des Rechtsnachfolgers Einwendungen, insbesondere also die in dieser Abhandlung behandelten, gemäß § 767 ZPO statthaft sind.

Unter Rechtsnachfolger in diesem Sinne sind alle diejenigen, die im Wege der Universal- oder Singularsukzession an die Stelle einer Prozeßpartei treten, zu verstehen. [5]) [6]) Unter dem Begriff des Rechtsnachfolgers fällt der Erwerber des geltend gemachten Anspruches, aber auch — dies letztere sei nur des Zusammenhangs halber erwähnt — der Erwerber der im Streit befangenen Sache.

---

[1]) Loth. Seuffert Kom. § 767 Nr, 3 a Abs. 2
[2]) Oertmann, Aufrechng. S. 112, 113 — RG. JW. 02 S 531
[3]) Hellwig-Oertmann „System . . .“ II S. 196, 197
[4]) Oertmann, Aufrechng. S. 112 ff
[5]) Gaupp-Stein zu § 325 III 1 und 2
[6]) Planck, Lehrb. a. a. O. Bd. 2 S. 659.

Zwei grundlegende Anschauungen sind hier voneinander zu scheiden; die eine, nach der die Rechtsnachfolge auch für den Prozeß grundsätzlich voll wirksam ist, nach dieser Auffassung sind Einwendungen aus der Person des Rechtsnachfolgers bereits im Prozeß statthaft und somit nicht mehr gemäß § 767 ZPO vorbringbar.

Die andere Auffassung erachtet die Streitveräußerung für den Prozeß als unwirksam; sie billigt demgemäß zur Geltendmachung der Einwendungen aus der Person des Rechtsnachfolgers das Vorgehen im Wege der Klage aus § 767 ZPO zu.

d) Die Auffassung, die eine Streitveräußerung für den Prozeß als völlig wirkungslos erachtet:

Die Gaupp'sche Irrelevanztheorie.

Diese Theorie deutet Abs. 1 des § 265 ZPO dahin, daß lediglich außerprozessual die Abtretung voll gültig und wirksam sei. Für den Prozeß bleibt gemäß Abs. 2 des § 265 ZPO, der insoweit materiellrechtliche Bedeutung hat, die Rechtsnachfolge außer Betracht.[1] [2]) Der Prozeß setzt sich zwischen den Parteien so fort, als ob eine Abtretung nicht stattgefunden habe. Der Veräußerer bleibt sachlich legitimiert, führt den Prozeß im eigenen Namen für fremde, des Cessionars Rechnung, ist Partei mit allen Rechten und Pflichten, zu allen Prozeßhandlungen befugt, zu allen Verfügungen berechtigt. Für die Urteilsfällung sind die z. Zt. der Rechtsnachfolge vorliegenden Rechtsverhältnisse maßgebend. Das Urteil ergeht auf den Namen des Veräußerers. Demgemäß kommt diese Theorie zu der Folgerung, daß Einreden aus der Person des Rechtsnachfolgers in dem Prozeß unstatthaft sind. Soweit so die Geltendmachung von Einwendungen im Prozeß ausgeschlossen ist, ist sie der Vollstreckungsinstanz gemäß § 767 ZPO, in der die Streitveräußerung voll wirksam wird, vorbehalten. Nach der Stellungnahme dieser Theorie ergibt sich fernerhin, daß der Schuldner Einwendunngen, die ihm nach der Cession aus der Person des Cedenten erwachsen, auch nicht mehr geltend machen kann. Hieraus folgt, daß nach der Irrelevanztheorie der Schuldner weder aus der Person des Cedenten noch der des Cessionars nach der Abtretung entstandene Einwendungen erheben kann.

Die fragliche Anschauung findet nur in gewissem Maße eine Rechtfertigung durch die geschichtliche Entwickelung. Lediglich im römischen Recht war die Streitveräußerung, die Veräußerung der res litigiosa, für den Prozeß völlig unerheblich; sie war sogar verboten. Späterhin hat man aber der Streitveräußerung für den Ver-

---

[1]) Gaupp a. a. O. zu § 236 ZPO. S. 468–469; Friedr. Stein ZPO. f. d Deutsch. Reich 11. Aufl. 1913 zu § 265 VI 1; Behrend, Gruch. S. 459 – 461; Arndt S. 329; Mandry=Geib a. a. O. S. 329; Reincke zu § 265 Abs.2 Nr. 1 u. 2; Mayer a. a. O. S. 297 ff; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen S. 238 ff; Seuffert a. a. O. Nr. 5a zu § 265 ZPO. so a. das zunächst schwankende RG. Bd. 56 S. 244–245

[2]) cfr ferner Weiß S. 6–7; Heilenbeck S. 29

lauf des Prozesses immerhin erheblichere Bedeutung beigemessen. Bereits im gemeinen Recht war das genannte Veräußerungsverbot abgeschwächt. Gleiche Gesichtspunkte haben bei der Abfassung des A. L. R., bei der Schaffung des französischen, württembergischen und sächsischen Rechts, sowie bei der Entstehungsgeschichte der ZPO [1]) eine Rolle gespielt; man hatte damals bereits mit dem grundsätzlichen Veräußerungsverbote Roms gebrochen. Bereits in der Kommission zum Entwurf der ZPO, in der man allerdings noch geteilter Meinung war, wurde immerhin gegenüber derjenigen Richtung, die das Veräußerungsverbot mit Rücksicht auf die Unerheblichkeit der Streitveräußerung für den Rechtsstreit aufrechterhalten wollte, vor allem aber auch diejenige Anschauung vertreten, die das Veräußerungsverbot in Wegfall bringen wollte. Der im Jahre 1871 veröffentlichte Entwurf einer ZPO (E 1 mit Motiven) spricht sich gegen das „den Verkehr hemmende, kontroverse Veräußerungsverbot" aus. Entsprechend war auch die Stellungnahme des zweiten und dritten Entwurfs der ZPO; insbesondere nimmt die Begründung des Entwurfs 3 zu § 228 auf das A. L. R., sowie auf die entsprechenden Bestimmungen von Württemberg (Art. 237) und Bayern (Art. 294, 493), die das Veräußerungsverbot beseitigt haben, Bezug. [2]) Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes kann somit die Irrelevanztheorie nicht gerechtfertigt werden.

Die Auffassung Arndt's [3]), daß die ZPO die Vorschriften des römischen und gemeinen Rechts hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Streitveräußerung in veränderter Form wiederhole, ist daher insbesondere ebenfalls unzutreffend.

Behrend [4]) erkennt demgegenüber zwar an, daß man bei der Abfassung des § 236 ZPO (alte Fassung) sich in einem gewissen Gegensatz zum gemeinen Recht gestellt habe. Er geht nun davon aus, daß die Frage der Streitveräußerung im gemeinen Recht streitig gewesen sei. Es sei daher nicht ersichtlich, welcher Auffassung des gemeinen Rechts, also insbesondere, ob überhaupt der Irrelevanztheorie, dieser Gegensatz gelten sollte. Nach Behrend besteht die Möglichkeit, daß man das echte römische Recht wieder herstellen wollte. Diese Auffassung ist aber ebensowenig mit der dargelegten Entstehungsgeschichte der ZPO vereinbar, als die nachstehende Auffassung Mayers. [5]) Nach Mayer ergibt sich aus § 236 Abs. 1 ZPO nicht die Gültigkeit des Veräußerungsaktes, sondern nur, daß die ZPO jene Materie unter Ausschluß der Landesrechte regeln wollte; die maßgebenden Bestimmungen seien daher § 236 ZPO Abs. 2 u. 3. Dafür daß § 236 Abs. 1 ZPO lediglich in diesem Sinne auszulegen sei, ist weder aus der Entstehungsgeschichte noch dem Inhalt dieser Vorschrift etwas zu entnehmen.

---

[1]) cfr. auch E 3 zur ZPO. zu § 228
[2]) Meister, „Die Veräußerung . . ." S. 71, 73; Windscheid-Kipp I S. 625, 637
[3]) Gr. Bd. 22 S. 122 insbes. 327, 329, 330
[4]) Gr. Bd. 31 S. 459
[5]) Gr. Bd. 33 S. 297 ff insbes. 318, 319

Die Irrelevanztheorie ist aber auch im übrigen, insbesondere mit Rücksicht auf die sich ergebenden unhaltbaren Folgerungen, abzulehnen; § 265 ZPO Abs. 2 Satz 1 hat nur prozessuale, nicht materiell-rechtlicher Bedeutung. [1])

Zu Unrecht geht die Gaupp'sche Lehre davon aus, der Cedent führe nach der Streitveräußerung den Prozeß im eigenen Namen für Rechnung des Cessionars weiter. Der Cedent hat aber am Ausgang des Rechtsstreits ein hohes eigenes Interesse; hierfür spricht schon § 437 BGB nach der der Verkäufer einer Forderung für den rechtlichen Bestand der Forderung haftet. [2]) Da das Urteil auf den Namen des Cedenten lautet, haftet dieser weiter auch für die Prozeßkosten. Indem der Cedent nach der Gaupp'schen Lehre zum Verzicht und Vergleich auch entgegen dem Willen des Cessionars berechtigt ist, führt er den Prozeß insbesondere nicht für Rechnung des Cessionars.

Gegen die Auffassnng von der völligen Unerheblichkeit der Streitveräußerung auf den Prozeß spricht, daß der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auftreten kann, ferner, daß er mit Zustimmung des Gegners eine Hauptintervention erheben, sowie den Prozeß an Stelle des Rechtsvorgängers übernehmen kann. Aus den Umständen, daß eine Prozeßübernahme und eine Hauptintervention nur mit vorstehender Maßgabe möglich ist, daß im Falle einer Nebenintervention die Bestimmungen über die streitgenössische Nebenintervention keine Anwendung finden, kann nichts für die Irrelevanztheorie entnommen werden. Diese Einschränkungen ergeben sich nur aus dem Grundsatz, daß durch die Streitveräußerung die Prozeßlage des Gegners nicht beeinträchtigt werden soll; sie sprechen aber nicht gegen die Wirksamkeit der Streitveräußerung für den Prozeß.[3])

Unhaltbar ist insbesondere der Grundsatz der Irrelevanztheorie, daß die Entscheidung auf Grund der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen zur Zeit der Cession zu fällen sei. Diese Auffassung steht im Widerspruch mit dem grundlegenden Prinzip des § 278 ZPO, nach dem Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor Urteilserlaß vorbringbar und somit erheblich sind. Das Urteil wird somit unzulässiger und unstatthafter Weise auf die Vergangenheit abgestellt. [4])

Aus dem Umstand, daß bei der Urteilsfällung lediglich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zur Zeit der Veräußerung maßgebend sind, ergibt sich, das sowohl nachträgliche Verfügungen über den Anspruch seitens des Cedenten als auch seitens des Cessionars unbeachtlich bleiben müssen. Somit kann vom Zeitpunkt der Streit-

---

[1]) RG. Bd. 40 S. 343; cfr. Reinhardt, Gr. Bd. 40 S. 83

[2]) Heilenbeck S. 34; Weiß S. 15, 16

[3]) Wach a. a. O. S. 782 — Weiß S. 14/15 — RG. Bd. 20 S. 421, 422 und Bd. 40 S. 343

[4]) Eccius, Pr. Priv. R. S. 673 — Hellwig, Rechtskr. S. 153 — Heilenbeck S. 34 — Weiß S. 12, 13 — cfr. auch Gaupp-Stein ab 12. Aufl. 1925 zu § 265 IV ZPO. — cfr. auch Voß. Leipz. Z. 1908 S. 750 — cfr. Reinhardt, Gr. Bd. 40 S. 71, 73

veräußerung bis zur Prozeßbeendigung niemand über den Anspruch wirksam verfügen; auch dieses ist ein unstatthaftes Ergebnis. So würde auch eine Zahlung des Schuldners an den Cessionar ihn zwar von seiner Schuld befreien, aber seine Verurteilung an den Cedenten nicht hindern. [1]) Die nach der Irrelevanztheorie lediglich für den Rechtsstreit aufgestellte Nichtigkeit der Streitveräußerung bedingt somit auch eine von der Irrelevanztheorie nicht beabsichtigte, außerprozessuale Unwirksamkeit der Streitveräußerung. (cfr. Wach S. 785, RG. Bd. 40 S. 343.)

Unter Würdigung aller dieser Umstände ist die Irrelevanztheorie abzulehnen.

Die Theorie Weidlich's.

(Gruchot Bd. 45 S. 299 ff)

Auf Grund andersartiger Gedankengänge gelangt Weidlich zu einem der Irrelevanztheorie gleichartigem Ergebnis. Nach der „Bedingungstheorie“ Weidlich's [2]) ergibt sich aus § 265 Abs. 1 ZPO wohl die Zulässigkeit der Veräußerung des streitbefangenen Anspruchs, aber noch nicht deren unmittelbaren Wirksamkeit. Nach Weidlich sind die Wirkungen der Streitveräußerung bedingt durch die gerichtliche Feststellung des Anspruchs des Cedenten; die Wirkungen der Streitveräußerung sind somit bis zur Beendigung des Prozesses aufschiebend bedingt. Dem Cedenten steht der Anspruch bis zur Rechtskraft des Urteils zu. Erst in diesem Zeitpunkt wird die Cession wirksam. Der Beklagte kann nunmehr dem Kläger entgegenhalten, daß er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr berechtigt sei. Die Einwendungen, so insbesondere die der Aufrechnung und Anfechtung aus der Person des Rechtsnachfolgers können mit der Klage aus § 767 ZPO nunmehr geltend gemacht werden. Denn die Rechtsnachfolge ist erst mit Urteilserlaß, also nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung voll wirksam geworden. Diese Einwendungen sind somit als erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden anzusehen.

Diese Lehre ist aber ebenfalls unzutreffend: Sie steht zunächst im Widerspruch mit der bereits dargelegten Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Danach ergibt aus § 265 Abs. 1 ZPO die materielle Wirksamkeit der Streitveräußerung; nach der Weidlich'schen Theorie ist die Wirkung der Veräußerung aber zunächst aufschiebend bedingt. Da das Zivilurteil grundsätzlich nur feststellende Wirkung hat, so kann es nicht die Bedingung darstellen, unter der die Streitveräußerung wirksam wird. [3]) Aus § 437 BGB ergibt sich zudem, daß die Wirksamkeit der Abtretung eines Anspruchs nicht derartig rechtlich

---

[1]) Wach a.a.O. S. 785 — cfr. Mayer, Gr. Bd. 33 S. 311, 316 — Mayer führt allerdings zutreffend aus, daß dies Ergebnis hier für den Beklagten nicht besonders unbillig ist, denn bei Zahlung im Prozeß trägt er sowieso die Kosten; gegen die Vollstreckung des Cedenten kann er mit der Vollstreckungsgegenklage vorgehen.

[2]) Gr. Bd. 45 S. 299 ff

[3]) Cfr. auch Weiß a.a.O. S. 42 ff

bedingt ist durch das Bestehen des abgetretenen Anspruchs; denn § 437 BGB stellt gerade eine Haftung für den Fall des Nichtbestehens des Anspruchs fest. Die Theorie Weidlich's ist somit ebenfalls abzulehnen.

a) Die Auffassungen, die die Streitveräußerung in Hinsicht auf den Rechtsstreit als erheblich ansehen.

b) Die durch die Eccius'sche Lehre vertretene Auffassung, daß die materielle Wirkung der Rechtsnachfolge durch die Rechtshängigkeit nicht beeinträchtigt werde.

Maßgebend für diese Theorie ist Absatz 1 von § 265 ZPO [1]) Abs. 2 Satz 1 von § 265 ZPO hat danach nur die Bedeutung, daß das formelle Prozeßführungsrecht nicht beeinträchtigt werden soll; lediglich das Verfahren geht ungehindert weiter, aber hinsichtlich der Sachentscheidung ist die Streitveräußerung so wirksam, als wenn der Rechtsnachfolger in den Prozeß eingetreten wäre. Cedent ist materiell nur Vertreter des Cessionars. [2]) [3]) Der Cedent ist befugt, nach erfolgter Abtretung, den Antrag auf Verurteilung des Schuldners in einen solchen auf Leistung an den Erwerber zu ändern; dem Erwerber ist er zu einer solchen Antragsänderung verpflichtet. In dieser Bezeichnung eines anderen Leistungsempfängers liege ebensowenig eine Klagänderung, als wenn eine Partei im Prozeß unter eine notwendige Vertretung kommt und die Leistung zu Händen des notwendigen Vertreters erfolgt. Wendet der Schuldner ein, der Kläger sei nicht mehr berechtigt, die Leistung an sich, sondern nur noch an den Erwerber zu begehren, so kann der Cedent ein Urteil auf Leistung an sich nicht mehr erlangen. Nach der Auffassung von Eccius kann nun — auch falls Cedent seinen Antrag nicht ändert — eine Verurteilung zur Leistung an den Cessionar erfolgen.

Nach der Eccius'schen Lehre hat der Cedent nur das Recht zur Vornahme von Prozeßhandlungen; jedoch kann er nicht ohne Zustimmung des Erwerbers auf den Anspruch verzichten bezw. sich vergleichen. Der Cedent kann das auf Zahlung an den Cessionar ergehende Erkenntnis nur zugunsten des Cessionars vollstrecken lassen;

---

[1]) so RG. Bd. 40 S. 343; Bd. 56 S. 301; und späterhin in ständiger Rechtsprechung; RG. Bd. 76 S. 277;

ferner die folgende Literatur: Eccius Pr. Pr. R. S. 671—675; Skonietzky u. Gelpke a.a.O. § 265 Nr. 9; v. Baumbach ZPO. zu § 265 Anmerk. 5; Förster-Kann § 265 Nr. 3 und 4a; Förster ZPO. § 236 Nr. 2 u. 4 Bd. 1; Gaupp-Stein zu § 265 IV (ab 12. Aufl.); Hellwig, Lehrb. Bd. 1 § 52 IV; Hellwig-System § 129 III 2 Bd. 1; Hellwig, Wes. u. Subjekt. Begrenzung d. Rechtskr.; Struckmann-Koch § 265 Nr. 2 Abs. 6; Wilmowsky-Levy § 236 Bd. 1 Nr. 1 u. 2; JW. 1907 S. 337 Nr. 17; JW. 1908 S. 407 Nr. 9

[2]) Förster-Eccius S. 675

[3]) Hellwig (Lehrb. Bd. 1 S. 343 ff) zieht zum Vergleich mit dem hier vorliegenden Prozeßführungsrecht des Cedenten das Prozeßführungsrecht des Ehemannes gemäß § 1380 BGB. heran, das von Anfang an auf zivilem Verwaltungsrecht beruht.

nach Rechtskraft des Urteils kann der Erwerber auch eine vollstreckbare Ausfertigung für sich erlangen. In folgerichtiger, weiterer Durchführung dieser Lehre kommt Eccius dann dazu, daß der Schuldner Einwendungen gegen den Klaganspruch, die ihm aus der Person des Cedenten nach Kenntnis der Cession im Prozeß erwachsen, nicht verwerten kann. Demgegenüber kann der Schuldner sich auf Einwendungen, die ihm aus der Person des Cessionars zustehen, nach diesem Zeitpunkt berufen. Soweit der Schuldner aber die Einwendungen im Prozeß bereits geltend machen kann, sind sie in der Vollstreckungsinstanz versagt.

Die Eccius'sche Lehre ist aber abzulehnen. Die Auffassung des Eccius ist unzutreffend; Bei der Auslegung des Satz 1 Abs. 2 § 265 ZPO geht Eccius zu Unrecht davon aus, daß unter Prozeß lediglich das formelle Prozeßverfahren[1]) zu verstehen sei. Diese Auffassung geht zurück auf die allgemeine Gerichtsordnung Einleitung § 2 (cfr. Koch, P. Civ. Proz. S. 10), danach ist der Prozeß der Inbegriff der einzelnen Handlungen, aus denen das Judicium besteht. Die heutige Rechtsauffassung stimmt mit der jenes alten Gesetzes von 1783 nicht mehr überein. Der Prozeß ergreift die Rechtsbeziehungen der Parteien.*) Dies begründet auch Pinner treffend.[2]) Er führt aus:

§ 265 ZPO behandelt das Gegenstück zu dem Falle des § 264 ZPO; § 264 ZPO betrifft danach den Fall der objektiven, § 265 ZPO den der subjektiven Klagänderung. Die Klagänderung bezieht sich aber auf den materiellen Begriff des Prozeßverhältnisses. Somit geht Eccius bei der Auslegung des § 265 ZPO Abs. 2 Satz 1 von der falschen Grundvoraussetzung aus, der Prozeß bedeute lediglich das formelle Prozeßverfahren; auf dieses allein habe die Streitveräußerung keinen Einfluß.

Auch im übrigen ist die Eccius'sche Lehre unhaltbar.

Gegen die Auffassung der Eccius'schen Lehre, daß der Cedent der materielle Vertreter des Cessionars sei, spricht auch, daß, falls der Cessionar gemäß § 265 ZPO Abs. 2 Satz 3 dem Rechtsstreit beitritt, er gewissermaßen dann sein eigener Nebenintervenient würde. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung Eccius ergibt sich weiterhin daraus, daß, falls der Schuldner eine Widerklage erhebt, der Cedent hinsichtlich der Widerklage-Partei kraft eigenen Rechts, hinsichtlich der Klage nur materieller Vertreter des Cedenten sein würde.[3])

Die weitere Folgerung der Lehre von Eccius,[4]) der Kläger müsse nach Anspruchsabtretung seinen Klagantrag nunmehr in einen

---

[1]) so Reinhardt a. a. O. S. 82, 83; Förster ZPO. f. Deutsch. R. Bd. 1 Anm. 4b zu § 236; RG. Bd. 40 S. 343 (7. 10. 1897)

[2]) Pinner a.a.O. S. 47, 48; Wach, Handbuch d. d. Z. Pr. Bd. 1 S. 34; Wach, Gr. Bd. 30 S. 787: Weiß S. 21, 22

[3]) Weiß, S. 22 a. a. O.

[4]) Eccius S. 675, 671, 673, 674

*) Unter Prozeß ist „das zwischen den Prozeßsubjekten bestehende Rechtsverhältnis und dessen Entwickelung" zu verstehen. (Wach S. 787; Pinner S. 47)

solchen auf Leistung an den Erwerber umstellen, ist ebenfalls unzutreffend. Sie widerspricht dem gemäß §§ 264, 268 ZPO bestehenden Verbot der Klagänderung.

Zu Unrecht wendet Eccius demgegenüber ein, bei der Abänderung dieses Antrages handelt es sich nach Eccius nicht um das nunmehrige Begehren eines aliud. Denn das Urteil wirke auch zu Gunsten des Cessionars und dieser könne doch als Rechtsnachfolger auf Grund des Urteils die Leistung auch an sich begehren. Ebenso nicht überzeugend ist die Auffassung Rosenthals (Sachlegitimation S.48). Er führt aus, da gemäß § 727 ZPO nach Urteilsfällung eine vollstreckbare Ausfertigung auf den Namen des Rechtsnachfolgers statthaft ist, so könne ein entsprechender Antrag vor Urteilsfällung nicht unzulässig sein.

Bei der Rechtsnachfolge handelt es sich auch nicht, wie Eccius meint,[1]) um ein Ereignis, daß den Prozeß gemäß § 268 Abs. 3 ZPO ebenso beeinflußt, wie der Untergang des ursprünglich geforderten Gegenstandes, an dessen Stelle nunmehr das Interesse gefordert wird.[2])

Die Umstellung des Antrags ist eine unzulässige Klagänderung[3]) Eine Klagänderung ist eine Aenderung der in der Klagschrift angegebenen Entstehungstatsachen des Anspruchs.[4]) Zu diesen Tatsachen gehören auch diejenigen, aus denen folgt, daß der fragliche Anspruch in der Person des Klägers entstanden ist. Indem der Kläger Leistung an den Rechtsnachfolger beantragt, ändert er daher die Klage. Insbesondere ist auch unzutreffend, wenn Eccius zur Rechtfertigung seiner Antragsumstellung zum Vergleich den Fall heranzieht, wenn eine Partei während eines Prozesses unter einen notwendigen Vertreter kommt und die Leistung nun „zu Händen des notwendigen Vertreters" erfolgt. Der notwendige Vertreter ist nicht Subjekt des Anspruchs, wohl aber der Cessionar. — Eine Verurteilung an den notwendigen Vertreter ist Verurteilung an die Partei. Die Verurteilung an den Cessionar ist aber nicht Verurteilung an den Cedenten.

Demgegenüber ist auch die Darlegung Hellwig's[5]), der zum Vergleich § 1380 BGB heranzieht, wo der Ehemann auf Leistung an die Ehefrau klagen muß, nicht überzeugend; es ist zumindestens sehr bedenklich, diesen in jeder Hinsicht eigenartigen Sonderfall hier zum Vergleich heranzuziehen.

---

[1]) cfr. Eccius S. 675

[2]) so auch Struckmann-Koch a a.O. Bd. I S. 332; cfr. auch Skonietzky u. Gelpke § 265 Nr. 9 ZPO.; so auch Reinhardt a. a. O. S. 78, der ohne weitere Begründung lediglich erklärt, die Antragsänderung sei „nur die selbstverständliche Folge der gesetzlich gestatteten Cession"; siehe Petersen-Anger zu § 265 Anm. 8 S. 545

[3]) Pinner S. 48 ff; Weiß S. 22 ff; Wach a.a.O. S. 787

[4]) cfr. Mayer a.a.O. S. 314

[5]) Hellwig, Rechtskr. § 21—26, besonders § 22, II—V, § 25, Lehrb. I S.346; Meister S. 83

Der Antrag auf Leistung an den Cessionar ist auch prozessual unstatthaft. Wie Wach [1]) eingehend dargelegt hat, ist dieser Antrag entweder ein petitum in favorem tertii oder ein petitum alieno nomine. Bei einem petitum alieno nomine würde der Cedent auch formeller Vertreter des Cessionars sein; dies widerspricht aber der Eccius'schen Auffassung selbst, denn danach ist der Cedent nur materieller Vertreter des Cessionars. Somit könne dieser Antrag nur ein pepitum in favorem tertii darstellen. Der Anspruch auf Leistung an einen Dritten ist aber prozessual nur statthaft, wenn der Kläger ein entsprechendes eigenes Rechtsschutzinteresse hat. Der Cedent hat aber kein Recht mehr darauf, daß an den Cessionar geleistet wird; aus der etwaigen Gewährleistungspflicht kann dieses Rechtsschutzinteresse nicht hergeleitet werden.

Auch die weitere Folgerung aus der Eccius'schen Lehre, daß dem Cedenten, der seinen Antrag nicht ändert, entgegengehalten werden könne, daß er nicht mehr berechtigt sei, auf Leistung an sich zu klagen [2]), ist unstatthaft.

Indem die Eccius'sche Lehre diesen Einwand gestattet, verstößt sie gegen § 265 Abs. 3 ZPO. Dort wird der Einwand der mangelnden Sachlegitimation als Ausnahme dargestellt; für den Regelfall ist dieser Einwand daher versagt. [3])

Davon auszugehen ist, daß unter Sachlegitimation die Befugnis des Klägers auf Leistung an sich zu klagen zu verstehen ist. Diese Auffassung entspricht dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch; in den Beratungen der Norddeutschen Kommission über die §§ 236-238 ZPO ist der Ausdruck so verwandt und aufgefaßt worden [4]). Die Auffassung von Eccius [5]), der Begriff der Sachlegitimation sei in einem weiteren Sinne aufzufassen, ist somit unzutreffend. Der im § 265 Abs. 3 ZPO gestattete Einwand der mangelnden Sachlegitimation bedeutet somit, daß der Kläger in entsprechenden Fällen nicht mehr berechtigt ist, auf Leistung an s i c h zu klagen. Daraus ergibt sich als Umkehrschluß, daß im Regelfall der Kläger berechtigt bleibt, auf Leistung an sich zu klagen. Der von der Eccius'schen Lehre aufgestellte Einwand ist somit ebenfalls unstatthaft [6]).

---

[1]) Wach a. a. O. S. 787; derselbe, Handb. S. 518 Anm. 3; Weiß S. 24; Pinner S. 50, 51; Meister S. 86, 87

[2]) Eccius S. 675

[3]) Wach, Gr. Bd. 30 S. 789; Mayer S. 315; Weiß S. 26; Pinner S. 52, 53

[4]) Wach, Gr. Bd. 30 S. 789; Planck, Lehrb. d. Deutsch. ZPO. S. 215

[5]) Wie Eccius Hellwig, Rechtskr. S. 157, 158 und auch Anspruch und Klagrecht § 23 III

[6]) Die RG. Entsch. Bd. 56 S. 309, 310 nimmt an, daß, falls auch § 265 Abs. 3 den Einwand der geschehenen Abtretung sichern wollte, kein Grund vorliegt diesen für andere Fälle auszuschließen; da im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt sei, welche Erscheinungsform dieser Einwand annehme, so sei die Auffassung möglich, daß § 265 Abs. 3 ZPO. unter allen Umständen die Verurteilung an Cedenten hindern wollte, ohne der Entscheidung einer Zweifelsfrage vorzugreifen.

Die Eccius'sche Lehre [1]) ist aber auch insoweit unzutreffend, als sie eine Verurteilung auf Leistung an den Cessionar ausspricht. Sie stützt sich hierbei vor allem auf § 300 ZPO, aus dem sich ergibt, daß für die Urteilsfällung der Sach- und Streitstand der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend ist. Eine derartige Verurteilung steht zunächst im Widerspruch mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. In der Begründung des Entwurfs II von 1872 zu § 223 der ZPO [2]) wird deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Auffassung das Urteil auf Leistung an den Erwerber auszustellen, abzulehnen sei. Es wird betont, daß die Württembergische ZPO, bei der diese Verurteilung eingeführt sei, insoweit abzulehnen sei. Nach dieser sei der Rechtsnachfolger zur Aufnahme des Prozesses verpflichtet. Es könne hier aber ein Streit über die Verpflichtung zur Aufnahme den Prozeß erschweren; dieser Streit sei nutzlos, falls eine Verurteilung doch nicht erfolge.

Gegen die Ausstellung des Urteils auf Leistung an den Erwerber sprechen vor allem die §§ 325 Abs. 1 und 727 ZPO. Nach der ganzen Fassung dieser Vorschrift ist zu entnehmen, daß das Gesetz jedenfalls grundsätzlich im Falle der Rechtsnachfolge von der Ausstellung des Urteils auf Leistung an den Cedenten ausgeht. Würde die aus der Relevanztheorie gefolgerte Verurteilung auf Leistung an den Cessioner stattfinden, so wären diese Paragraphen so gut wie bedeutungslos. Zu Unrecht beruft sich Heilenbeck, S. 36, darauf, die genannten Paragraphen kämen zur Anwendung, wenn die Rechtsnachfolge im Prozeß nicht zur Sprache käme, eine Antragsänderung und daher eine Ausstellung des Urteils auf Leistung an den Erwerber nicht stattfände; ferner, wenn die Rechtsnachfolge erst nach Erlaß des Urteils eingetreten sei. Die § 325 und 727 ZPO beziehen sich aber nach ihrem Wortlaut auf alle Fälle der Rechtsnachfolge nach Eintritt der *Rechtshängigkeit* und nicht nur auf bestimmte Sonderfälle. Die Ausführungen Heilenbecks sind daher unrichtig. Die sich aus der Relevanztheorie ergebende Ausstellung auf Leistung an den Erwerber steht daher im grundsätzlichen Widerspruch zu den §§ 325, 727 ZPO.

Zu Unrecht sucht auch die RG.-Entscheidung Bd. 56, S. 308, 309 [3]) die Antragsumstellung und Verurteilung auf Leistung an den Rechtsnachfolger aus folgendem zu rechtfertigen. Sie stützt sich darauf, daß im Falle der Pfändung und Ueberweisung einer bereits eingeklagten Forderung der Schuldner keinesfalls auf Verlangen des gepfändeten *Gläubigers* zur Leistung an *diesen* verurteilt werden könnte. Mit Rücksicht darauf aber, daß der Pfändungsgläubiger hier besonderen Schutzes bedarf, kann aus diesem ausgesprochenen

---

[1]) Gaupp-Stein (1928) zu § 265 IV ZPO.: Hellwig, Rechtskr. S. 158, 160 Förster-Kann 1913 § 265 4b ZPO. – Skonietzky u. Gelpke § 265 Nr. 9 ZPO.; RG. Bd. 56 S. 308, 309

[2]) Meister S. 95; Pinner S. 54

[3]) so auch Hellwig, System Bd. 1 § 129 III 2

Sonderfall ein allgemeinerer Schluß überhaupt nicht hergeleitet werden.

Insoweit ferner die Vertreter der Eccius'schen Lehre eine Verurteilung des Beklagten auf Leistung an den Rechtsnachfolger auch dann zulassen, wenn der Kläger trotz des Einwands des Beklagten bei seinem ursprünglichen Antrag verbleibt, verletzen sie § 308 ZPO [1]). Aber auch Hellwig, der in diesem Falle die Klage abweisen will, kommt so, unter Zugrundelegung der Relevanztheorie, zu einem unannehmbaren Ergebnis, denn gemäß § 265 Abs. 3 ZPO ist Klageabweisung hier nur im Ausnahmefalle statthaft. Da ferner das gegen den Veräußerer ergangene Urteil Rechtskraftswirkung gemäß § 325 ZPO gegen den Rechtsnachfolger hat, so würde dieser dann seinen Anspruch verlieren, weil der Rechtsvorgänger die Antragsstellung unterließ. Dieses Ergebnis wäre ebenfalls unbillig.

Die Eccius'sche Lehre ist somit, auch mit Rücksicht auf die sich aus ihr ergebenden unhaltbaren Folgerungen, abzulehnen.

Die Prozeßstandschaftstheorie Kohlers.

Wesensverwandt mit der Theorie Eccius' ist die Prozeßstandschaftstheorie Kohlers [2]). Kohler geht in seiner Lehre von dem Begriff der Prozeßstandschaft aus. Hierunter versteht er ein zivilistisches Verhältnis einer Person zum Zivilrecht einer anderen; auf Grund dieses Verhältnisses kann die erstere Person einen Prozeß führen, dessen zivilistische Folgen die letztere Person treffen. Ein derartiges Rechtsverhältnis der Prozeßstandschaft befindet sich im § 265 ZPO [3]). Die zivilistische Rechtsnachfolge des § 265 ZPO hat danach nicht zugleich eine prozessuale Sukzession zur Folge, sondern „derjenige, welcher aufgehört hat, in dem Verhältnis zur Sache zu stehen, und welcher nunmehr garnicht mehr prätendiert, dem zivilistischen Verhältnis zur Sache anzugehören, nichtsdestoweniger fortfahren kann, der Träger des begonnenen prozessualen Verhältnis zu sein"; daß also „der Veräußerer mit Wirkung auf den zivilistischen Erwerber den Prozeß weiterführen kann" [4]). Der Cedent „waltet prozeßweise über das Zivilrecht" des Cessionars [5]). Der Cedent bleibt weiterhin Prozeßsubjekt und bleibt „Träger der prozessualen Vorgänge" [6]), „nur die zivilistische Wirkung des Prozesses soll den zivilistichen Sukzesser treffen [7]). Es handelt sich hier um ein pepitum in favorem

---

1) Wach, Gr. Bd. 30 S. 789, 790; Pinner S. 54, s. a. hier Hellwig, Rechtskr. S. 159, 160 Anm. 28; Hellwig, Lehrb. I S. 346, Meister S. 94; Voß, Leipz. Zeitschrift 1908 S. 751; Lippmann Jh. J. Bd. 45 S. 416, 417 RG Bd. 56 S. 308

2) Kohler, Zeitschr. f. Ziv. Pr. „Ueber die Sukzession in das Prozeßverhältnis" Bd. 12 S. 97 ff; Ges. Beitr. z. Ziv. Pr. S. 293 ff/345; Pinner S. 62 ff; Kohler, Iher. Jahrb. Bd. 24 S. 319.

3) cfr. auch Weiß S. 32

4) Kohler, Ges. Beitr. S. 296

5) Kohler a.a.O. S. 296

6) Pinner S 62

7) Kohler wie oben

tertii [1]). Demgemäß kommt Kohler zu dem Ergebnis, daß die Cession bereits in erheblichem Maße im Prozeß wirksam ist. Das Urteil ergeht auf den Namen des Cedenten, wenn die Rechtsnachfolge dem Prozeßgegner unbekannt geblieben ist, oder wenn sie nicht vorgetragen wird. Eine Umstellung auf den Namen des Cessionars erfolgt entweder auf Antrag des Cedenten oder auf den Einwand der mangelnden Sachlegitimation des Beklagten und zwar auch dann, wenn der Cedent der Umstellung widerspricht [2]) [3]).

Der Rechtsvorgänger kann aus dem Urteil vollstrecken, bis die Vollstreckungsklausel auf den Rechtsnachfolger ausgestellt ist [4]). Der Cedent bleibt befugt zum Abschluß von Verzicht und Vergleich; der Beklagte kann eine Widerklage nur aus der Person des Cedenten, nicht aber der des Cessionars erheben. Demgemäß kommt Kohler zu dem Ergebnis, daß die Einwendungen nach der Cession aus der Person des Cessionars vor der Cession aus der Person des Cedenten zu entnehmen sind.

Die Lehre Kohlers ist jedoch ebenfalls abzulehnen. [5])

Vor allem ist die grundlegende Definition Kohlers, nach der die Prozeßstandschaft hier ein zivilistisches Verhältnis des Cedenten zum Zivilrecht des Cessionars ist, kraft dessen der Cedent befugt ist, einen Prozeß zu führen, dessen zivilrechtliche Folgen auf den Cessionar fallen, abzulehnen [6]).

Nach der Cession besteht zwischen dem Cedenten und dem Cessionar kein zivilrechtliches Rechtsverhältnis mehr [7]). Maßgebend für die Beziehungen von Cedent und Cessionar ist vielmehr die prozessuale Bestimmung von § 265 Abs. 2 Satz 1 [8]). Bei der Prozeßstandschaft handelt es sich auch nicht um ein „ausschließliches Recht"; denn dieses Recht kann durch die im Einverständnis mit dem Beklagten erfolgende Uebernahme des Prozesses durch den Cessionar unwirksam gemacht werden [9]).

---

1) Kohler a. a O. S. 303. Kohler vergleicht dieses Rechtsverhältnis mit dem rechtlichen Gebilde, wenn ein Nichteigentümer über einen Gegenstand verfügt; cfr. auch Pinner S. 63

2) Kohler a. a. O. S. 305 — ferner Zeitschr. f. Ziv. Pr. Bd. 12 S. 112: Denn eine Verurteilung bedeutet nach Kohler ein Urteil zu Gunsten des Prozeßführes bzw. dem, welcher während des Prozesses Rechtsnachfolger wird.

3) Das Urteil ergeht dann nicht auf den Namen des Rechtsnachfolgers, wenn die Klage abgewiesen wird; hiermit stehe fest, daß der eingeklagte Anspruch nicht bestand und eine wirksame Rechtsnachfolge nicht stattfand.

4) Kohler, Ges. Beitr. S. 312; Zeitschr. f. Ziv. Pr. S. 113

5) Hellwig, Rechtskr. S. 165 rühmt zwar an der Kohler'schen Lehre, daß durch dessen „Untersuchungen in verdienstvoller Weise die Stellung des prozeßführenden Rechtsvorgängers nach § 265 ZPO. in nahe Beziehungen zu verwandten Erscheinungen gebracht worden" sei; Heilenbeck S. 38

6) Kohler, Ges. Beitr. S. 296

7) cfr. Meister S. 109; Pinner S. 67

8) cfr. Wach, Handbuch Bd. 1 S. 118

9) Lippmann a. a. O. S. 439

Zu Unrecht sieht Kohler in der Prozeßstandschaft ein petitum in favorem tertii. Da, wie bereits angeführt, mit der erfolgten Cession der Anspruch vollkommen auf den Cessionar übergeht und in keiner Beziehung mehr zum Cedenten steht, so hat der Cedent kein selbständiges Rechtsschutzinteresse auf Leistung an den Cessionar [1]). Die Stellung des Cedenten ist auch nicht wesensverwandt mit der des Nebenintervenienten [2]). Der Nebenintervenient wirbt im Prozesse in eigenem Namen und eigenem rechtlichen Interesse [3]). Ein derartiges eigenes rechtliches Interesse an der Leistung des Beklagten an den Rechtsnachfolger besteht nicht. Es ergibt sich auch nicht aus der Haftung des Cedenten für die Prozeßkosten und der Gewährleistung des Cedenten gegenüber dem Cessionar.

Auch im übrigen ergibt sich die Unhaltbarkeit der Kohler'schen Lehre aus den aus ihr gezogenen unhaltbaren Folgerungen:

Nach Kohler führt der Cedent einen Prozeß, dessen zivilistische Folgen nur auf den Cessionar fallen [4]). Diese Auffassung ist schon entstehungsgeschichtlich unzutreffend. Nach § 236 Abs. 3 ZPO (alte Fassung), war „die Entscheidung in Ansehung der Sachen auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. Aus dem Worte „auch" ist zu entnehmen, daß zunächst die Wirksamkeit der Entscheidung gegen den Rechtsvorgänger in Betracht kommt. § 325 Abs. 1 ZPO bestimmt die Wirksamkeit des rechtskräftigen Urteils sowohl hinsichtlich der Parteien als auch deren Rechtsnachfolger. Danach ist eine Wirksamkeit der Entscheidung nur hinsichtlich des Rechtsnachfolgers, wie Kohler darlegt, nicht gewollt [5]).

Irrig ist auch Kohlers Auffassung, nach der der Cedent ohne weiteres eine Verurteilung des Beklagten auf Leistung an den Cessionar beantragen kann; falls der Kläger diesen Antrag nicht stellt, so ist nach Kohler der Beklagte befugt, den Einwand der mangelnden Sachlegitimation zu erheben. Hiermit verstößt Kohler in gleichem Maße, wie die Eccius'sche Lehre, gegen den aus § 265 Abs. 3 ZPO sich ergebenden Umkehrschluß [6]). Die Verurteilung auf Leistung an den Cessionar soll auch ohne einen entsprechenden Antrag des Cedenten auf den Einwand des Beklagten hin erfolgen. In gleichem Maße wie Eccius verletzt Kohler hier § 308 ZPO. Das verurteilende Erkenntnis bedeutet ferner nicht, wie Kohler vermeint, ein Urteil auf Leistung an den Kläger bezw. dessen Rechtsnachfolger [7]). Diese Auffassung ist schon deshalb unrichtig, weil in den Fällen des § 325 Abs. 2 ZPO das Urteil hinsichtlich des Erwerbers keine Rechts-

---

[1]) cfr. auch Pinner S. 68

[2]) Kohler, Ges. Beitr. S. 303

[3]) Wach, Handb. Bd. 1 S. 615; Pinner S. 69

[4]) Kohler, Ges. Beitr. S. 296

[5]) Lippmann a. a. O. S. 430; Pinner S. 69; Weiß S. 37

[6]) cfr. Pinner S. 70

[7]) Kohler, Ges. Beitr. S. 305 Anm. 22; wie hier Pinner S. 70

wirkung erzeugt [1]). Nach der Kohler'schen Auslegung wirkt das Urteil nur hinsichtlich des Cessionars. Wie bereits dargelegt (S. 58—59) wirkt das Urteil aber hinsichtlich des Cedenten und dessen Rechtsnachfolger, also zunächst doch hinsichtlich des Rechtsvorgängers. Wie ebenfalls bereits bei der Widerlegung der Eccius-schen Lehre ausgeführt ist, steht die Ausstellung des Urteils unmittelbar auf den Erwerber im Widerspruch mit den §§ 325 und 727 ZPO (S. 107 f. g.) [2]).

Unrichtig ist auch die Auffassung Kohlers, nach der der Cedent bis zur Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Cessionar die Zwangsvollstreckung betreiben kann:

Diese Auffassung steht zunächst im Widerspruch mit Satz 1 Abs. 2 § 265 ZPO; danach ist die Cession ohne Einfluß auf den Prozeß; mit dem rechtskräftigen Erkenntnis ist aber der Prozeß beendet [3]).

In Durchführung seiner sich an die Relevanztheorie anlehnenden Auffassung gestattet Kohler dem Beklagten, die bis zur Rechtsnachfolge entstandenen Einwendungen aus der Person des Cedenten zu entnehmen, nach diesem Zeitpunkt sind die Einwendungen aus der Person des Cessionars zu entnehmen. Der Cedent bleibt nun aber sachlich legitimiert. Die sich auf selbständige Gegenrechte, wie die Aufrechnung, stützenden Einreden können aber nur gegenüber der Partei, gegen die sie sich richten, geltend gemacht werden.

Zu einem insbesondere unhaltbaren Ergebnis führt aber die Gestattung des Einwandes der Aufrechnung, ferner deshalb, da Kohler eine Widerklage [4]) aus der Person des Cessionars nicht gestattet. Danach kann der Beklagte wohl eine Gegenforderung aus der Person des Cessionars zur Aufrechnung stellen; den etwa über den Klagebetrag hinausgehenden überschießenden Betrag aber nicht im Wege der Widerklage geltend machen [5]). Somit ist die Kohler'sche Lehre mit Rücksicht auf die sich aus ihr ergebenden unhaltbaren Folgerungen abzulehnen; dies gilt insbesondere auch insoweit sie Einreden aus selbständigen Gegenansprüchen gegen den Cessionar im Prozeß gegenüber dem Cedenten gestattet.

In grundsätzlicher Hinsicht stimmt auch Voß [6]) mit der Eccius'schen Relevanztheorie überein. Zu Recht macht Voß aber der Eccius'schen Lehre den Vorwurf, daß nach ihr der Cedent den Rechtsstreit zwar kraft altem Rechts beginne, ihn aber dann, da auf die materielle Wirksamkeit der Cession voll Rücksicht genommen werde, kraft von dem Rechtsnachfolger abgeleiteten Rechts fortsetze.

---

1) Lippmann a.a.O. S. 434; Pinner S. 70/71
2) Kohler, Ges. Beitr. S. 308, 309; Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 113, 117
3) Lippmann a.a O. S. 442; Mandry a.a.O. S. 283; Pinner S. 72; Weiß S. 38
4) Insoweit ist die Kohler'sche Auffassung allerdings zutreffend.
5) Lippmann S. 445, 446; Pinner S. 73
6) Voß, Leipz. Zeitschr. 1908 S. 748/751 und S. 840/843

Nach Voß führt der Veräußerer gemäß § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO den Prozeß auf Grund seines bisherigen Rechtes weiter. Der Rechtsstreit und die Entscheidung haben sich auf denjenigen Sachstand zu beschränken, der z. Zt. des freiwilligen oder durch Einrede der Rechtsnachfolge hervorgerufenen Aenderung des Klageantrages vorliegt [1]. Die Antragsänderung soll sich möglichst nahe an die Kenntnis des Rechtsüberganges anschließen. Der Prozeß ist nunmehr Feststellungsprozeß zwischen den Prozeßparteien. Der Kläger hat kein Leistungsrecht mehr; das Urteil ist für den Kläger nicht vorläufig vollstreckbar. Für den Rechtsnachfolger ist gemäß § 325 ZPO das rechtskräftige Urteil vollstreckbar.

Der Prozeß geht solange über den Klaganspruch als Bestandteil des klägerischen Vermögens, bis von einer Partei die Veräußerung vor Gericht zur Sprache gebracht wird [2]. Demgemäß kommt Voß hinsichtlich der Zulässigkeit von Einreden zu dem folgenden Ergebnis:

Einreden aus Verfügungsakten des bisherigen Gläubigers sind, wenn nach diesem Zeitpunkt erfolgt, ausgeschlossen; das gleiche gilt von nach jenem Zeitpunkt fällig gewordenen und entstandenen Gegenforderungen des Beklagten (Voß, S. 843). Nach Voß sind aber ferner die Einreden, die dem Schuldner gegen den Rechtsnachfolger zustehen, im Prozeß ausgeschlossen; gegen ihre Hineinbeziehung in den Prozeß spreche das Verbot, das dem Rechtsnachfolger den Eintritt in den Prozeß jedenfalls grundsätzlich verwehre. Diese Einreden ständen außer Beziehung zu dem Recht, über das gestritten werde. Bei mehrfacher Abtretung insbesondere seien die sich dann ergebenden vielfachen etwaigen Einreden besonders nachteilig für den Cedenten. Diese Einreden seien von amtswegen aus dem Rechtsstreit zu verweisen [3]. Diesen Einreden seien in einem etwaigen Nachverfahren (§ 767 ZPO) seitens des Beklagten gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend zu machen.

Im Ergebnis ist dieser Lehre jedenfalls hier im wesentlichen zuzustimmen: Wie bereits bei der Widerlegung der Kohler'schen Lehre (S. 57—59) dargelegt ist, sind die Einwendungen des Beklagten, die sich auf selbständige Gegenrechte gegen den Cessionar stützen, im Prozeß mit Rücksicht auf die weiter bestehende Sachlegitimation des Cedenten ausgeschlossen. Demgegenüber sind aber, wie bei der Darlegung der zutreffenden Wach'schen Vermittelungstheorie (S. 63—65) ausgeführt ist, aus außergerichtlichen Verfügungsakten des Schuldners mit dem Cessionar, Einreden des Schuldners im Prozeß statthaft, so kann auch aus einer entsprechenden außergerichtlich vollzogenen Aufrechnung eine entsprechende Einrede im Prozeß gegen den Kläger und Cedenten erhoben werden. Denn unbeschadet der verbleibenden Sachlegitimation des Klägers ist in gewissen Umfange insoweit die Rechtsnachfolge bereits zu berücksichtigen. Insbesondere ist es jeden-

---

1) Voß S. 843
2) Voß a.a.O. S. 842
3) Voß S. 844

falls — entgegen der Voß'schen Auffassung — für den Cedenten durchaus zumutbar und nicht unbillig, wenn er — selbst bei mehrfacher Abtretung — nunmehr Einreden aus der Person des Cessionars entgegentreten müsse. Da der Cedent doch aus freiem Entschluß im Regelfalle nach Eintritt der Rechtshängigkeit die Streitveräußerung vornimmt, so hat er sich die Folgen doch selbst zuzuschreiben und verdient eine besondere Rücksichtnahme nicht.

Die Prozeßcäsurtheorie Lippmanns. [1])

Diese Lehre lehnt sich insoweit an die Eccius'sche Relevanztheorie an, als sie die materielle Gültigkeit der Abtretung während des Prozesses unbedingt anerkennt und somit die Gaupp'sche Auffassung der relativen Nichtigkeit der Rechtsnachfolge im Verhältnis der Parteien zueinander ablehnt. [2]) Nach Lippmann[3]) hängt der Anspruch des Cessionars davon ab, ob die cedierte Forderung besteht; über das Bestehen derselben ist daher zunächst zu entscheiden. Diese Auslegung entnimmt Lippmann aus Abs. 2 Satz 1 des § 265 ZPO. „Prozeß" im Sinne dieser Bestimmung bedeutet nach Lippmann „Prozeßmaterial". Es sei deshalb zunächst darüber zu entscheiden, ob der Anspruch „an sich" bestehe. Lippmann nimmt so eine kraft Gesetzes bestehende Cäsur an. Diese Cäsur stellt das zwischen dem Cedenten und dem Beklagten über das Bestehen des Anspruchs „an sich" ergehende Urteil dar. Lippmann [4]) beruft sich darauf, daß die ZPO auch sonst noch mehrfach Cäsuren kenne, so in den §§ 302, 522, 274, 562 ZPO. Bis zu dem auf den Namen des Cedenten ergehenden Endurteil bleibt der Cedent Partei mit allen Rechten und Pflichten. [5]) Er kann sich über den Anspruch vergleichen, auf ihn verzichten, jedoch nicht mit Rechtskraftswirkung hinsichtlich des Cessionars (L. S. 467).

Auf Grund der zwischen den Parteien bestehenden Prozeßobligation [6]) kann der Beklagte sämtliche Einwendungen, die ihm gegen den Cedenten zustehen, im Prozeß erheben; auch diejenigen, die erst nach der Cession gegen den Cedenten entstanden sind. Aber insoweit durch die letzteren die E n t s c h e i d u n g beeinflußt wird, hat sie hinsichtlich des Cessionars keine Rechtskraftwirkung. Einwendungen aus der Person des Cessionars sind im Prozeß versagt. Durch das Urteil wird nun „ähnlich wie im Falle des § 75 ZPO der Cedent aus dem Streite entlassen". [7]) Da Lippmann bei seiner Lehre von dem Motto ausgeht: „Aufgeschoben ist nicht aufgehoben", so kommt in der Vollstreckungsinstanz die Rechtsstellung des Ces-

---

1) Lippmann, Jh. J. S. 390ff; 459—500
2) cfr. auch Pinner S. 74
3) Lippmann a.a.O. S. 460—463
4) derselbe S. 465—467
5) cfr. auch Pinner S. 75
6) Lippmann S. 479
7) Lippmann S. 462; Pinner S. 74

sionars voll zur Geltung; nur er kann aus dem rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil vollstrecken; hier kann der Beklagte auch die Einwendungen aus der Person des Cessionars geltend machen.

Diese Theorie ist aber ebenfalls abzulehnen.

Zu Unrecht legt diese Lehre Satz 1 Abs. 2 des § 265 ZPO, nach dem die Streitveräußerung keinen Einfluß auf den Prozeß hat, dahin aus, daß die Streitveräußerung ohne Einfluß auf das „Prozeßmaterial", also das Prozeßthema verbleibe. Wie bereits dargelegt ist, (S. 51—52) ist unter Prozeß das Prozeßrechtsverhältnis, das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis und dessen Entwickelung zu verstehen.[1] Lippmann hat hier seine Ansicht nicht näher begründet.

Dafür, daß zunächst das Bestehen der „Forderung an sich"[2] zu prüfen und somit eine Cäsur geschaffen sei, ist aus dem Gesetz nichts zu entnehmen. Die nur in ganz bestimmten Sonderfällen (so den §§ 75, 145, 146, 302, 399 ZPO.) vom Gesetz geschaffenen Cäsuren sind Ausnahmen und können deshalb nicht analog angewandt werden. Zur Schaffung einer derartigen Cäsur besteht hier kein Anlaß. Aus dem Umstand, daß natürlich eine Cession für den Cessionar nur dann praktischen Wert hat, wenn die Forderung besteht, ergibt sich zwar die Zweckmäßigkeit, im Prozeß zunächst das Bestehen der Forderung und dann erst die Frage der Rechtsnachfolge zu prüfen; keinesfalls ergibt sich aber ganz allgemein zwingend die Notwendigkeit, so zu verfahren. Gegen den Willen des Gesetzgebers hier eine Cäsur zu schaffen, sprechen auch vor allem die §§ 325 und 727 ZPO. Danach erzeugt doch jedenfalls im Regelfall[3] das Urteil Rechtskraft hinsichtlich des Cessionars, der dann eine vollstreckbare Ausfertigung der Entscheidung erlangen kann; — falls die Rechtsnachfolge offenkundig ist, oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, wird danach die Vollstrekkungsklausel ohne weiteres erteilt. Für die von Lippmann aufgestellte Cäsur ist sonach hier kein Raum.

Auch aus einer etwaigen Beziehung von § 265 ZPO zu § 731 ZPO[4] kann die von Lippmann aufgestellte Cäsur nicht gerechtfertigt werden. Nach der Lippmann'schen Auffassung muß der Cessionar nach dem auf den Namen des Cedenten ergehenden, und die Cäsur darstellenden Urteil in einem darauffolgenden zweiten Prozeß

---

[1]) Wach, Gr. Bd. 30 S. 787; Wach, Handb. d. Deutsch. Ziv. Pr. Rechts Bd. 1 S. 34; Weiß S. 47; Pinner S. 79, 47

[2]) Wie Meister a.a.O. S. 75, 76 zu Recht darlegt, ist dieser Ausdruck unglücklich gewählt, denn eine Forderung kann nicht losgelöst von ihrem Inhaber Prozeßgegenstand sein. Offensichtlich meint L., daß die Forderung weiterhin vom Cedenten als eigene erhoben werden solle und die Cession insoweit für den Prozeß unerheblich sei.

[3]) cfr. auch Pinner S. 78

[4]) Lippmann S. 464

stets seinen Anspruch geltend machen. Es handelt sich hier um eine rein materiellrechtliche Klage, die eine Entscheidung abzielt, daß der im Vorprozeß bereits festgestellte Anspruch nunmehr ihm zusteht.

Die viel seltenere Klage gemäß § 731 ZPO ist eine „Rechtsgestaltungsklage rein prozeßrechtlicher Art“. [1]) Der nach der Lippmann'schen Lehre erforderliche zweite Prozeß und die Klage aus § 731 ZPO sind daher grundsätzlich verschieden.

Gegen die Lippmann'sche Lehre spricht weiterhin die Notwendigkeit doppelter Prozeßführung mit der sich hieraus ergebenden doppelten Kostenlast. [2]) Daß der Schuldner erst nach Klagerhebung die Schuld tilgt, dürfte die Aufbürdung doppelter Kosten nicht rechtfertigen.[3])

Die Lippmann'sche Lehre ist somit als unhaltbar und unzutreffend abzulehnen.

Die Wach'sche Vermittlungstheorie.[4])

Die Wach'sche Lehre nimmt eine vermittelnde Stellung zwischen der Gaupp'schen Irrelevanztheorie und der Relevanztheorie des Eccius ein:

Danach behält der Cedent die Parteirolle, bleibt weiterhin sachlich legitimiert, er muß Leistung an sich beantragen, das Urteil ergeht auf seinen Namen. Als „dominus litis“ ist er „kraft Gesetzes Subjekt des Streites“. Der Cedent behält das Dispositionsrecht im Prozesse, kann auf den Klaganspruch verzichten und sich vergleichen. Die vor der Veräußerung gegen den Rechtsvorgänger begründeten Einreden und gemäß § 33 ZPO statthaften Widerklagen können auch nach der Rechtsnachfolge gegen den Cedenten erhoben werden. Einreden und Widerklagen aus der Person des Cessionars sind nicht statthaft; es steht hier das „Hindernis der Prozeßfigur und der Sachlegitimation“ des Klägers entgegen. [5])

Demgegenüber ist aber auch die Cession im Prozeß in gewissem Umfange beachtlich:

Aus außergerichtlichen Dispositionen des Rechtsnachfolgers (so Zahlung, Erlaß, Vergleich, Stundung) kann der Beklagte Einreden im Prozeß gegen den Cedenten herleiten. In folgerichtiger Durchführung dieser Auffassung kommt dann die Wach'sche Lehre zu dem Ergebnis, daß der Beklagte dem Erwerber gegenüber außergerichtlich aufrechnen und auf Grnnd dieser vollzogenen Aufrechnung eine Einrede gegenüber dem Cedenten im Prozeß erheben kann. [6]) Mit der Beendigung des Prozesses endigt auch die Sachlegitimation des Klägers (Wach S. 497); nunmehr wird dic Rechtsnachfolge voll

---

[1]) Pinner S. 81; Gaupp-Stein Bd. 2 S. 403; v. Baumbach a.a.O. § 731 Anm. 3
[2]) cfr. Lippmann a.a.O. S. 500 Anm. 87
[3]) Pinner S. 76, 77
[4]) Gruch Bd. 30 S. 779–795; entsprechend Schmidt, Lehrb. § 137 S. 868–870; cfr. Bunßen, Zeitschr. f. Ziv. Pr. Bd. 26 S. 299; Pinner a. a. O. S. 82 ff; Meister S. 115 ff; Weiß S. 50 ff
[5]) Wach a.a.O. S. 793. cfr. auch Lippmann S. 82 ff; Weiß S. 50 ff
[6]) Hellwig, Rechtskr. S. 161 Anm. 38 (hierin zustimmend).

wirksam. Lediglich der Rechtsnachfolger kann aus dem Urteil vollstrecken. Gegenüber einer Vollstreckung durch den Rechtsvorgänger kann der Schuldner nunmehr den Einwand der mangelnden Sachlegitimation erheben. In der Vollstreckungsinstanz kann der Beklagte nunmehr die im Prozeß nicht statthaften Einreden aus der Person des Cessionars, so die nach unserem Thema in Frage stehende Einrede der Aufrechnung geltend machen.

Die Wach'sche Theorie erscheint mir zutreffend. Die zur Rechtfertigung der Lehre Wach's dienenden Gesichtspunkte sind bereits als Gegengründe bei der Widerlegung der abweichenden Anschauungen angegeben worden; hierauf wird Bezug genommen.

Im Einzelnen ist hervorzuheben:

Wie bei ber Behandlung der Gaupp'schen Lehre (S. 47—50 d. Arb.) ausgeführt ist, spricht gegen die völlige Irrelevanz die Entstehungsgeschichte des § 265 (236) ZPO. Hinzu kommen ferner die bereits erörterten Beschränkungen von Abs. 2 Satz 1 § 265 ZPO durch die Bestimmungen von Satz 2 und 3 Abs. 2 dieses Paragraphen; hieraus ergibt sich ebenfalls die Ablehnung völliger Irrelevanz.[1]) Das Abstellen des Urteils auf den Zeitpunkt der Veräußerung, also auf die Vergangenheit, führt zudem zu den unerträglichen Ergebnissen.

Gegen eine völlige Wirksamkeit der Streitveräußerung sprechen demgegenüber die bei der Widerlegung der Relevanztheorie (S. 51 bis 56 d. Arb.) dargelegten Gründe. § 265 Abs. 1 ZPO ist daher nicht so zu verstehen, daß der Cedent zwar Prozeßpartei bleibt, diesen Prozeß aber geradezu als materiellen Vertreter des Cessionars fortsetzt, sondern der Cedent bleibt Partei mit allen Rechten und Pflichten.[2])

Wie Wach dann zutreffend weiter folgert, ist aber außerhalb des Prozesses der C e s s i o n a r verfügungsberechtigt. Mit der Parteistellung des Cedenten steht es nun nicht im Widerspruch, wenn nun insoweit die Cession im Prozeß wirksam ist, als der Schuldner aus diesen außergerichtlichen Dispositionsakten Einwendungen gegenüber dem Kläger herleiten kann. Denn andernfalls würde ja auch z. B. eine Zahlung an den Cessionar den Schuldner dem wirklichen Gläubiger gegenüber befreien, trotzdem aber die Verurteilung an den Kläger nicht abwenden. Demgemäß erscheinen auch die von Wach hinsichtlich des hier in Frage stehenden Einwands der Aufrechnung gezogenen Folgerungen als zutreffend. Der Schuldner kann daher aus einer außergerichtlich gegenüber dem Cessionar vorgenommenen Aufrechnung dem Cedenten im Prozeß einen Einwand entgegenhalten. Ebenfalls gerechtfertigt ist aber die Versagung der Aufrechnungserklärung mit Gegenforderungen aus der Person des Cessionars gegenüber dem Cedenten.[3]) Die Aufrechnungserklärung ist gegenüber dem Inhaber der Forderung abzugeben; Forderung und Gegen-

---

[1]) Meister S. 116

[2]) cfr. Wach S. 792; Pinner S. 85

[3]) Wach S. 793; Meister S. 117; Pinner S. 81 ff, 85, 86

forderung müssen zwischen denselben Personen bestehen. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

Wie bei der Widerlegung der Relevanztheorie erörtert ist, läßt die Wach'sche Lehre das Urteil zu Recht auf den Namen des Cedenten ergehen. [1]) Beizupflichten ist der Wach'schen Lehre auch darin, daß die Cession nunmehr in der Vollstreckungsinstanz voll wirksam wird, denn die Gesichtspunkte, nach denen dem Cedenten im Prozeß die Parteirolle zuzusprechen ist, kommen für die Vollstreckungsinstanz nicht in Frage.[2]) [3]) Der Erwerber hat somit allein das Vollstreckungsrecht.

Gemäß dem Grundprinzip des § 767 ZPO gestattet die Wach'sche Lehre zutreffend dem Beklagten nunmehr auch in der Vollstreckungsinstanz die Einwendungen, — so insbesondere auch den fraglichen Einwand der Aufrechnungen, — die ihm im Prozesse versagt waren. Denn den Einwendungen, die im Sinne von § 767 ZPO erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, sind diejenigen gleichzustellen, die zwar früher entstanden sind, aber nicht vorbringbar waren.[4])[5])

Die Frage, gegen wen der Beklagte nun mit der Vollstreckungsgegenklage die maßgeblichen Einwendungen geltend machen kann, ist nicht unbestritten. Baumbach[6]) nimmt an, daß die Klage gegen den neuen Gläubiger hier dann gegeben sei, wenn die Vollstreckungsklausel auf den neuen Gläubiger umgeschrieben sei. Nach diesem handelt es sich hier aber grundsätzlich um ein Verfahren, in dem Prozeßparteien die Parteien des Prozesses mit umgekehrten Parteirollen sind. Die Klage wäre danach grundsätzlich gegen den Rechtsvorgänger zu richten.[7]) Jedenfalls im Kern stimmt Förster-Kann[8]) hiermit überein. Bei Abtretung nach Urteilserlaß[9]) will Förster-Kann jedoch die nachträglich entstandenen Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen den Cessionar auch dann gestatten, wenn der Titel noch nicht umgeschrieben

---

1) cfr. Schmidt § 159

2) Wach a.a.O. S. 794; Meister S. 118; wie Wach auch Mayer a.a.O. S. 325

3) Nach Hellwig, Rechtskr. S. 160 ff und Eccius a.a.O. S. 676 kann der Erwerber erst aus rechtskräftigem Urteil vollstrecken. Nach Kohler'scher Auffassung Zeitschr. f. Ziv. Pr. Bd. 12. S. 117 können aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil sowohl Cedent als auch Cessionar vollstrecken.

4) cfr. Gaupp-Stein § 767 II b S. 484; Lippmann a.a.O. S. 456; Pinner S. 87; Reinhardt a.a.O. S. 83; RG. Bd. 40 S. 340; Meister S. 118

5) Die Wach'sche Lehre ist auch nicht wie Lippmann a a.O. S. 453 vermeint: „ein ungelöster Widerspruch zwischen Fiktion und Wirklichkeit", „Wach sei auf halbem Wege stehengeblieben." Wach nimmt gar nicht an, daß der Cedent nur als Partei gelte ohne es zu sein, sondern nach Wach ist der Cedent wirklich Partei. cfr. auch Pinner S. 85

6) Komm. der ZPO. von Baumbach § 767 Anm. 3

7) Aehnlich Hellwig, System § 287 Bd. 2 S. 194; ist der Einwand bereits in der Person des Rechtsnachfolgers entstanden, so ist er mit der Vollstreckungsgegenklage gegen den Cessionar geltend zu machen. (cfr. auch Falkmann a.a.O. S. 387)

8) § 767 ZPO. Förster-Kann a.a.O. Anm. 3a u. OLG. Stuttgart Bd. 39 S. 72

9) Förster-Kann zu § 767 Nr. 4b; OLG. Naumburg Bd. 20 S. 374 a. M. OLG. Dresden Bd. 67 Seuff. A. S. 267 (diese Entscheidung gestattet die Klage gegen Rechtsnachfolger hier erst noch vorheriger Umschreibung des Titels.

ist. — Sydow-Busch[1]) stellt es inbesondere auf den Einzelfall ab. Hat danach der Cedent die Vollstreckung betrieben oder ist dieselbe zu erwarten, so ist die Klage gegen den Cedenten und nicht gegen den Cessionar zu richten.[2]) Betreibt weder der ursprüngliche noch der neue Gläubiger die Volstreckung, so ist nach Sydow-Busch die Klage gegen denjenigen zu richten, in dessen Person der Anspruch erloschen sein soll.[3]) Ist aber die Klausel umgeschrieben, so ist der neue Gläubiger mit der Vollstreckungsgegenklage zu belangen bis etwa nach § 732, 768 ZPO die Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel festgestellt wird.[4])

Nach Stein-Jonas[5]) ist für die Klage aus § 767 ZPO derjenige passiv legitimiert, der nach dem Urteil Gläubiger ist oder für den das Urteil ausgefertigt werden darf. Nach einer Cession vor Umschreibung der Klausel droht die Vollstreckung seitens des Rechtsvorgängers und des Rechtsnachfolgers. M. E. ist der Standpunkt Stein-Jonas der zutreffendste. Darauf abzustellen ist, von welcher Seite eine Vollstreckung in Frage kommen kann. So lange die Klausel nicht auf den Rechtsnachfolger umgeschrieben ist, ist einmal die Vollstreckung durch den Rechtsvorgänger und dann — nach etwaiger Umschreibung — auch durch den Rechtsnachfolger möglich. Dem Schuldner muß es gestattet sein, sich gegen jeden zu wenden, der hier in seiner Rechtssphäre eingreifen kann. Vor Umschreibung der Klausel muß ihm daher die Vollstreckungsgegenklage sowohl gegen den Rechtsvorgänger als auch gegen den Rechtsnachfolger gestattet sein.

§ 3

Der Einwand der Anfechtung als Klagegrund der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO.

1. Allgemeines

Hinsichtlich dieser Einwendung bestehen betreffs der Frage des Entstehungszeitpunktes der Gründe derselben sowie hinsichtlich der weiteren Fragen, welche Tatbestandsmerkmale zu den Gründen noch zu zählen sind, dieselben streitigen Fragen, wie bei dem zuvor behandelnden Einwand der Aufrechnung. Wir finden auch dort fast genau dieselben verschiedenen Anschauungen hierüber; fast genau die gleichen streitigen Fragen treten uns entgegen. Es werden hier auch ganz gleichartige voneinander abweichende Standpunkte eingenommen. Zusammenfassend ist zu bemerken, daß es sich hier um einen in vielen wichtigen Punkten gleichartigen Fall handelt. Wir gehen deshalb bei der Prüfung dieser Frage auch in genau derselben Weise vor wie dort.

---

[1]) § 767 ZPO. a.a.O. Anm. 4 am Ende
[2]) OLG. 20 S. 375 Bd. 33 S. 96 a. M. Bd. 20 S. 374
[3]) OLG. 20 S. 374/375
[4]) OLG. 33 S. 96
[5]) § 767 ZPO. Nr. 1 III

2. Die einzelnen streitigen Ansichten.

a) Der Standpunkt, daß der Zeitpunkt der Entstehung der Anfechtbarkeit maßgebend sei.

α) Die Bedeutung des Zustandes der Anfechtbarkeit.

Geschichtliches.

Um die Wirkung des Zustandes der Anfechtbarkeit möglichst vollkommen zu erfassen, müssen wir uns über die Bedeutung dieses Begriffes klar werden. Wir gehen von geschichtlichen Betrachtungen aus:

Im altrömischen Recht findet man über diesen Begriff nur wenige, zudem mit Vorsicht zu verwertende, entsprechende Handhaben. Von verschiedenen Vertretern der Wissenschaft [1]) wird hier stark bezweifelt, ob die Römer den Begriff der Anfechtbarkeit im heutigen Sinne gekannt haben, ob sie ferner entsprechende Ausdrücke wie den der Anfechtbarkeit und den hierzu im Gegensatz stehenden der Nichtigkeit gekannt und beide Begriffe voneinander scharf geschieden haben. Jedenfalls war damals die Lehre von der Anfechtbarkeit, falls dort eine solche überhaupt existierte, sehr verworren. Nach Schlottmann a. a. O. § 2 S. 7 soll die Anfechtbarkeit dort kein materieller Begriff gewesen sein. Doch kann sie nach Wesen und Art dem römischen Recht auch nicht völlig fremd gewesen sein. Aus den entsprechenden dort gebräuchlichen Ausdrücken,[2])[3]) so: nullum, inutile inustum irritum, vitiosum esse, kann man einen Unterschied zwischen der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit allerdings ebenfalls nicht herleiten. Aus all' diesem kann man entnehmen, daß der Begriff der Anfechtbarkeit, falls er dort überhaupt existierte, sich dem der Nichtigkeit sehr genähert haben muß. Besonders deutlich wird ein Unterschied anscheinend in folgender Quellenstelle abgelehnt: (cfr. 1 112 D 50, 17) [4]) Nihil interest, ipso iure, quis actionem, non habeat an per exceptionen infirmetur. [5]) Hierfür sprechen auch weitere Quellenstellen. [6]) Demgegenüber versucht Buchardi, („die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand", 1831 S. 323—359) [7]) auch im Gegensatz zur gegenwärtigen Anschauung mit wenig stichhaltigen Gründen nachzuweisen, daß Ausdrücke wie: [8]) discedere, infirmare, rescindere Anfechtbarkeit bedeuteten. Im Justinianischen Recht [9]) wurde für den Begriff der Anfechtbarkeit der Ausdruck exceptio gebraucht. Im Extraordinarverfahren bedeutete er einen materiellrechtlichen Begriff, ein

---

1) Bruck a.a.O. S. 8, 10 — Gradenwitz a.a.O. S. 297 — Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 228 ff

2) Bruck a.a.O. S. 9 und 10

3) Gradenwitz S. 277 ff

4) so auch „Opera omnia" ed. cap. S. 228

5) Bruck a.a.O. S. 117

6) 1. 115 § 1 — 1. 66, 51, 13 D. — 1. 42 § 1. de dolo malo 4. 3.

7) Schlottmann a. a. O.

8) Schlottmann a.a.O. S. 5 § 1 S. 7 § 2

9) Martin Bruck a.a.O. S. 25/26

Gegenrecht. Als typische Fälle der Anfechtbarkeit wurden 1. die actio pauliana, 2. die querela inofficiosi testamenti im späteren Rom angesehen. Die dort in Frage stehende Anfechtbarkeit hatte im Falle der actio quod metum causa der integrum restitutio eine ganz besondere und eigentümliche Kraft. Sie wirkte dort sogar gegen Dritte. Nach alle diesem kann man daher für das römische Recht im Falle der Anfechtbarkeit zum mindesten eine sehr starke Abschwächung der Gültigkeit annehmen; [1]) hinsichtlich der meisten heute anfechtbaren Fälle trat damals sogar Nichtigkeit ein.

In der Pandektenlehre wiederum geht Windscheid von dem Oberbegriff der Gültigkeit bezw. im umgekehrten Sinne der Ungültigkeit aus. Er betont, ob ein Recht gültig sei, hänge davon ab, ob es in der Lage sei, die durch es gewollte Wirkung hervorzubringen. Zwar entständen beim anfechtbaren Geschäft die Rechtswirkungen zunächst, aber es könne ihnen doch schon entgegengetreten werden. [2]) Diese Ansicht hält daher eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Beginns des anfechtbaren Zustandes für gegeben. Der eigentliche Oberbegriff der Ungültigkeit stammt von Savigny. [3]) Wenn auch im gemeinen Recht noch im Wesentlichen die Verwirrung des römischen Rechts hinsichtlich dieses Begriffes herrscht, so ist doch dort im Einzelnen der Zustand der Anfechtbarkeit wie folgt zu kennzeichnen: Fast allgemein wird zum mindesten eine starke Schwächung gegenüber der Gültigkeit bereits als vorliegend angesehen. So sagt Schlottmann, [4]) nach dem gemeinen Recht sei die Anfechtbarkeit diejenige Mangelhaftigkeit eines Rechtsgeschäftes, deren Gültigkeit von der Willkür einer Person abhängt. In diesem Sinne reden auch Cosack und Eck von mangelhaften Rechtsgeschäften. Besonders charakteristisch ist die Stellungnahme Brinz's hierzu. Wohl sagt er, der Mangel, der die Anfechtbarkeit verursache, sei kein Merkmal des Tatbestandes, aber er sei Merkmal einer besonderen gleichlautenden Rechtsfolge, die eine Art Korrigenz anstrebe. Es bestehe also ein Recht auf Aufhebung.[5]) Von höherer Warte sei so der Tatbestand bereits verletzend und angreifbar. [6])

Doch wurde auch die Ansicht vertreten, daß es sich hier um ein von Anfang an unwirksames Rechtsgeschäft handelt. Endemann geht sogar noch weiter. [7]) Er stellt fest, im gemeinen Recht sei eine derartige Aufhebung des Rechtsgeschäftes lediglich die Deklaration eines bereits bestehenden Zustandes eigenartiger Ungültigkeit gewesen. Hinsichtlich der einzelnen Rechtstatbestände ist nach damaliger Anschauung zu dem Zustand der Anfechtbarkeit weiter zu bemerken:

---

[1]) Ennecc. Lehrb. § 190 Anm. 1
[2]) Bruck a.a.O. S. 19, 20
[3]) Ennecc. Allg. Teil, § 90 und § 1
[4]) Schlottmann a a.O. S. 23 ff
[5]) Pandekten S. 406
[6]) Jacobi, Bd. 86 S. 51 ff, 55, 56, 82
[7]) Gradenwitz a.a.O. S. 322

Bei dem error in substantia lag, ebenso [1]) wie bei dem Zustand der durch Furcht = vis compulsiva und dem durch Zwang = vis absoluta erzeugt war, Nichtigkeit vor. [2]) — Nach der neueren Lehre bestand im Falle einer durch Furcht erzeugten Erklärung, sowie derjenigen, die durch arglistige Täuschung hervorgebracht worden war, bereits eine Lähmung.

Im A. L. R., das sich zudem fast ganz auf das gemeine Recht stützt, [3]) (cfr. § 42 und 43 II 1) war es ebenfalls schwierig, einen Vergleich mit dem dort möglicherweise herrschenden Zustand der Anfechtbarkeit zu ziehen; [4]) denn auch das A. L. R. brauchte die Ausdrücke der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in einem nicht feststehenden Sinne. Jedenfalls [5]) war nach der Auffassung des Preußischen Rechts (ebenso das französische und österreichische Recht) eine durch Drohung und Betrug erzeugte Erklärung sogar unverbindlich. Dies war keine absolute Nichtigkeit; sondern sie war ins Belieben desjenigen gestellt, der sich auf sie berufen wollte. Auch beim Vorliegen einer arglistigen Täuschung wurde bereits eine Lähmung der Kraft des fraglichen Rechtes angenommen; denn jederzeit konnte der Geschädigte gegen den Schädiger mit Hilfe der exceptio doli vorgehen.

Hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen [6]) ist die auf wesentlichem Irrtum beruhende Willenserklärung in Uebereinstimmung mit dem code civil (Art. 1109, 1110, 1117), (P. L. R. Teil 1 Tit. 4 § 75 ff) nicht als nichtig, sondern nur als beseitigt anzusehen. Betreffs der erzwungenen Rechtsgeschäfte sagt der code civil: „La violence exercée contre celui qui a [7]) contracté l' obligation est une cause de nullite". Bei erzwungenen Rechtsgeschäften sieht das Oesterreichische BGB grundsätzlich Nichtigkeit vor; jedoch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften redet es von relativer Nullität; cfr. § 876, es heißt dort: „ihn zu halten nicht verbunden".

Wie bereits erwähnt, ist der Begriff der Anfechtbarkeit eigentlich erst im 19. Jahrhundert festgelegt und allgemein anerkannt worden. [8]) Danach war die Anfechtbarkeit eine unvollständige Ungültigkeit; diese letztere war der Oberbegriff. Unter ihn fielen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als sogenannte vollständige und unvollständige Ungültigkeit. Auch in den Motiven finden diese Gedankengänge, daß die Anfechtbarkeit ein stark geschwächtes Recht darstelle, einen Niederschlag. [9]) Doch herrscht dort ein merkwürdiger Widerspruch; denn einmal wird sie als Grad der Ungültigkeit bezeichnet,

---

1) Staudinger 123 II (siehe a. Lit. dort)
2) derselbe
3) Stauding § 123 II Abs. 3
4) Schlottmann a.a.O. S. 10, 11
5) Mot. II S. 20 cfr. auch P.L.R. Teil I Tit. 4 § 31–51
6) Staud. § 123 II Abs. 2 Kom.
7) Schliemann „Lehre vom Zwang" S. 306 — Kom. Staudinger § 119 I 2 Abs. 4
8) Schlottmann a.a.O. S. 12, 42, 43
9) Fontheim a.a.O. S. 36/37 — Motive I S. 216

andererseits heißt es wiederum, das Rechtsgeschäft sei nach BGB zunächst gültig. Die ganze Bedeutung der heutigen — bei Willensmäugeln wie dem Irrtum — in Frage kommenden Anfechtbarkeit, erhellt daraus, daß bei dem beachtlichen Irrtum nach dem E I eigentlich Nichtigkeit eintreten sollte. Erst später wurde in der dritten Kommission hierfür die Anfechtbarkeit eingeführt.

Aus diesen geschichtlichen Untersuchungen ergibt sich, daß die damalige Anfechtbarkeit bereits dem Zustande der Nichtigkeit sehr nahe steht; trat doch nach früherer Regelung in den meisten Gesetzesbüchern, insbesondere bei Täuschung und Drohung sogar Nichtigkeit ein. Aber auch aus den übrigen vorstehend entwickelten Gesichtspunkten ergibt sich, daß die Anfechtbarkeit zum mindesten stets eine starke Schwächung der Gültigkeit bereits darstellte.

Würdigung von Rechtsprechung, Literatur, unter Berücksichtigung der maßgeblichen Gesetzesvorschriften.

Materielles Recht.

Zu Beginn der Erörterung dieser Frage sei vorausgeschickt, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes die Geltendmachung der Anfechtbarkeit vom Willen des nach dem Gesetz Berechtigten und einer rechtsgeschäftlichen Erklärung abhängt. [1]) (§ 142 Abs. 2 BGB). Endemann, [2]) Enneccerus und Fitting [3]) nehmen hinsichtlich der Wirkung der Anfechtbarkeit den im wesentlichen gleichen Standpunkt wie den bereits bei der Aufrechenbarkeit vorgetragenen ein. Allerdings gehen diese Verfasser davon aus, daß die Anfechtbarkeit mit einer schwebenden Nichtigkeit zu vergleichen sei.[4])

Danach schafft die Rückwirkung — falls man nach dieser Theorie überhaupt von einer solchen reden kann — durch die erfolgte Anfechtung nichts neues. Die Anfechtung enthüllt lediglich die wahre Rechtslage [5]). Es werde hierdurch lediglich bezeugt, daß etwas so bereits gewesen sei. Da es sich hier nicht um causale, sondern logische Zusammenhänge handele, sei es nicht widersprüchig, die durch die erfolgte Anfechtung eintretende Beseitigung des Zustandes der Ungewißheit bereits zu einem früheren Zeitpunkt als eingetreten anzunehmen. Gegenüber dieser Anschauung kann angeführt werden (siehe bereits die Erörterungen hinsichtlich der entsprechenden Frage bei der Behandlung der Aufrechnung), daß es sich hier bei der Klarlegung des Wesens der Anfechtbarkeit nicht nur um logische Gesichtspunkte handelt. Es handelt sich auch hier um tatsächliche Fragen, die wiederum erst zwingende Rechtsfolgen nach sich ziehen; unbestritten erzeugt aber zudem nach dem Gesetz gerade erst die Tatsache der

---

[1]) Ennecc. Lehrb. § 157 Abs. 1
[2]) Endemann BGB. § 75 I
[3]) Gruch. Bd. 64 S. 10
[4]) Ennecc. § 169 II
[5]) Endemann, Lehrb. Allg. Teil, cfr, auch § 75 Anm. 1 Nr. 1, Anm. 7

Anfechtung die Rechtsfolgen. Daß bereits dem anfechtbaren Geschäft — obwohl dieses nach weitverbreiteter Ansicht immerhin als gültig angesehen werden kann, — erhebliche Mängel anhaften, wird von vielen bestätigt[1]). Ja, es werden sogar weitergehendere Anschauungen vertreten. So redet Hölder von partieller Nichtigkeit. Auch Müller hebt hervor, daß bereits erhebliche Mängel vorliegen[2]). Nach ihm erzeugt diese Art der Ungültigkeit bereits von vornherein eine Abschwächung der Wirkung des an sich gültigen Rechtsgeschäftes[3]). Von manchen wird dem Zustand der Anfechtbarkeit eine noch intensivere, negative Wirkung zugesprochen. Dort wird er als Zustand schwebender Nichtigkeit verbunden mit der Annahme vorläufiger Geltung[4]) bezeichnet. Noch weitergehender ist die Ansicht von Crome, der zum Ausdruck bringt, daß dem Berechtigten gegenüber das Geschäft der Gültigkeit überhaupt entbehre[5]).

Während demgegenüber Bruck den Standpunkt vertritt, es handele sich hier um ein Mittelding zwischen Sein und Nichtsein[6]), wird auch sonst der weitverbreiteten Ansicht gehuldigt, daß hier eine Art der schwebenden Nichtigkeit vorliege[7]). — Von anderen wiederum wird der fragliche Zustand nach der Befugnis des zur Anfechtung Berechtigten gekennzeichnet[8]). Diese reden bei dem Zustand der Anfechtbarkeit von negativen Rechten, von Gegen- und Abwehrrechten. — Daß der Zustand der Anfechtbarkeit tatsächlich bereits eine sehr reelle, greifbare Wirkung ausübt, beweist, daß das Anfechtungsrecht vererbt werden kann.

Aufschluß über die Kraftwirkung des fraglichen Zustandes im Zeitpunkt noch nicht erfolgter Anfechtungserklärung geben uns auch verschiedene gesetzliche Bestimmungen[9]). So ergibt sich aus § 770 BGB, daß durch den Zustand der Anfechtbarkeit bereits gewisse Rechtsvorwirkungen erzeugt werden. Zum Vergleich können weiterhin Schwebezustände, wie sie in den §§ 107 und 415 BGB in Frage kommen, herangezogen werden[10]). Zur weiteren Charakterisierung dieses Zustandes verweist Endemann[11]) auf den § 2083 BGB, aus dem sich klar ergebe, daß bereits im Zustande der Anfechtbarkeit gewisse Rechtswirkungen bestehen.

Auch nach dem Wortlaut des Gesetzes, — soweit hierdurch die Materie der Anfechtung gesondert geregelt ist — selber, sowie dessen Auslegung ergibt sich, daß der Zustand der Anfechtbarkeit nach BGB mindestens bereits eine erhebliche Beeinträchtigung der Gültigkeit

1) Ennecc., Bürgerl. Recht § 75 Anm. 1
2) Müller a.a.O. S. 20
3) derselbe a.a.O. S. 12
4) Schlottmann a.a.O. S. 40 —cfr. auch R.G.Kom. § 142 Nr. 1
5) Bruck a.a.O. S. 8
6) dasselbe
7) Seuff. Bl. Bd. 44 S. 189 (Riezler)
8) Schlottmann a.a.O. S. 40
9) R.G.Kom. § 142 Nr. 1 Abs. 4
10) Gruch. Bd. 64 S. 10 ff
11) Endemann, Lehrb. § 75 Anm. 1 Nr. 1

darstellt, falls man nicht sogar der von Enneccerus und Fitting vertretenen, oben erläuterten weitergehenderen Ansicht beitreten will. So hebt von Thur hervor, daß der anfechtbare Zustand bereits [1]) — er denkt hier vor allem an arglistige Täuschung und Drohung — ein peremptorisches Einrederecht erzeuge. Von vielen wird diese Ansicht allerdings als zu weitgehend bezeichnet. Jedoch kann jedenfalls nicht verkannt werden, daß der Zustand der Anfechtbarkeit im Falle der arglistigen Täuschung und Drohung nach § 123 BGB hinsichtlich der Gültigkeit von ganz besonderer Abschwächungswirkung ist. Sehr häufig, oder man kann sagen, so gut wie immer, erfüllt der Tatbestand der arglistigen Täuschung bezw. Drohung auch den einer unerlaubten Handlung. Weiterhin ist nun aber anerkannt, daß der Getäuschte und Bedrohte gegenüber demjenigen, der auf Grund jener unerlaubten Handlung eine Forderung gegen ihn erlangt hat, die Erfüllung auch dann noch verweigern kann, wenn der Anspruch auf Aufhebung der entsprechenden Verbindlichkeit verjährt ist (§ 853 BGB.[2]) Außerdem kann entsprechend den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (cfr. § 812 ff BGB) derjenige, der durch Drohung oder arglistige Täuschung zur Eingehung einer Verbindlichkeit veranlaßt worden ist, die Erfüllung auch dann noch verweigern, falls der Anspruch auf Befreiung von ihr verjährt ist. (§ 821 BGB) [3]) Danach erscheint in diesen Fällen die Anfechtungserklärung von ganz untergeordneter Bedeutung, da bereits ganz besonders starke Vorwirkungen bestehen.

Prozeßrechtliche Gesichtspunkte.

Billigkeit etc.

Aber nicht nur aus den Gesetzesbestimmungen und deren Auslegung ergibt sich die bereits bestehende Bedeutung des Zustandes der Anfechtbarkeit. Fernerhin sprechen auch hohe Billigkeitserwägungen [4]) mit Rücksicht auf den bereits näher dargelegten Zweck der Zwangsvollstreckung dafür, daß der Eintritt des Zustandes der Anfechtbarkeit maßgeblich ist in Hinsicht auf den Stichzeitpunkt nach § 767 ZPO. Umsomehr muß dies nach den obigen Darlegungen hinsichtlich des Zustandes der Anfechtbarkeit nach § 123 BGB gelten.

β) Die Bedeutung der Anfechtungserklärung.

Zum Zwecke der möglichst erschöpfenden Behandlung der Frage, wann die Gründe des Einwandes der Anfechtung in Hinsicht auf den nach § 767 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind, soll die Bedeutung des weiteren Erfordernisses einer gültigen Anfechtung, nämlich die Anfechtungserklärung, besonders geprüft werden.

---

1) von Thur, Allg. Teil, Bd. II § 57 S. 298
2) Staud. Kom. § 123 VI Abs. 2
3) Staud. Kom. § 123 VII
4) RG. Entschdg. I. Ziv Sen. 19. 10. 12 in Gruch. Bd. 57 S. 723 ff

Geschichtliches.

Von der geschichtlichen Entwickelung ausgehend, ist festzustellen,[1]) daß zur Vollwirksamkeit der Anfechtung eben nicht nur der anfechtbare Zustand, sondern auch die Erklärung, die vor allem — das sei hier besonders hervorgehoben — ja auch die eigentliche Anfechtung im Sprachsinne darstellt, gehört.

Besondere Bedeutung genoß die Anfechtungserklärung im weiten Maße im römischen Recht. [2]) Vom praetor mußte ein Rechtsmittel (actio oder exceptio) erbeten werden; private Willenserklärung genügte nicht. Dort gab es fernerhin ganze Anfechtungsklagen, so die actio quod metus causa, s. c. Macedonionum Vellaenum. Es sei ferner an die [3]) querela inofficiosi testamenti der civilen Centumviralpraxis erinnert. Jedoch erschwert die große Verworrenheit der Begriffe es sehr, die damalige Bedeutung der Anfechtungserklärung gebührend zu würdigen. Daß aber grundsätzlich zur Geltendmachung eine Amtshandlung erforderlich war, läßt immerhin einen gewissen Rückschluß auf die Bedeutung der Erklärung zu. [4]) Auch im alten deutschen Recht (Steger, S. 4 a. a. O.) erscheint die Anfechtungserklärung recht bedeutsam. Die Anfechtung hatte dort in Form einer gerichtlichen Handlung zu erfolgen. Sie geschah durch Widerspruch oder Schelte.

Im Gemeinen Recht zur Beseitigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes sogar grundsätzlich Klagerhebung erforderlich. [5])

In diesem Zusammenhang sei im Wege des geschichtlichen Rückblicks weiterhin zur Frage der rückwirkenden Kraft der Anfechtungserklärung Stellung genommen, um klar zu legen, ob und inwieweit der Einwand der Anfechtung hinsichtlich des Entstandenseins seiner Gründe bereits vor dem nach § 767 ZPO maßgeblichen Stichzeitpunkt als vollgültig vorhanden anzusehen ist. Gerade mit Rücksicht aber auf die bereits verschiedentlich hervorgehobenen Unklarheiten im Ausdruck in den früheren Rechten, ist die Beantwortung dieser Frage in geschichtlicher Hinsicht kaum möglich — jedoch erzeugte damals jedenfalls die Geltendmachung der exceptio auch gewisse Rückwirkungen. Im gemeinen Recht, wo nach der romanistischen Theorie mehr Systematik und Klarheit [6]) [7]) herrschte, war es streitig, ob eine Rückwirkung, die hier an sich bejaht wurde, auf den Zeitpunkt der Entstehung des anfechtbaren Zustandes stattfinden sollte oder ob nur die gegenwärtigen Wirkungen beseitigt würden. In weitem Umfange wurde damals die Ansicht vertreten, daß in den Quellen keine Stütze für die Rückwirkung auf den früheren Zeitpunkt zu finden sei.

---

1) Schlottmann a.a.O. S. 7 und 11
2) Bruck a.a.O. S. 18 ff
3) Schlottmann Diss. § 2 S. 7 und 11
4) derselbe a.a.O. S. 15 ff
5) Ennecc. Lehrb. Allg. Teil § 190 I
6) Savigny, „System . . .“
7) Ennecc. Lehrb. Allg. Teil

Nach Brinz, [1]) der sich in Uebereinstimmung mit der moderneren Auffassung des gemeinen Rechts befindet, findet eine Rückwirkung ex tunc mit sogar absoluter Wirkung gegen Dritte statt. Nach diesem Verfasser [2]) handelt es sich bei dieser Rückwirkung um eine künstliche Konstruktion, nicht um die Folge eines Mangels im Tatbestande. Diesen gleichen Standpunkt vertritt Hölder in seinen Pandekten. [3])

Aus logischen Gründen sieht er eine unbeschränkte Rückwirkung ex tunc für vorliegend an. Es gibt nach ihm entweder eine Gültigkeit von Anfang an oder eine entsprechende vollkommene rückwirkende Ungültigkeit. Ein Mittelding kommt nach ihm nicht in Frage.

Nach den Motiven stellt die Anfechtungserklärung geradezu die rückwirkende Kraft besitzende, auflösende Gesetzesbedingung dar, unter der das an sich gültige, anfechtbare Rechtsgeschäft steht. Daß die Motive aber in diesem Punkte in sich innerlich widersprüchig sind, ist bereits früher dargelegt.

Unzweifelhaft ist zunächst allerdings zuzugeben, daß auch nach BGB die Anfechtungserklärung von besonderer Bedeutung ist. cfr. §§ 121, 124 BGB.

Auch das BGB hat den in der geschichtlichen Entwickelung liegenden Begriff der Rückwirkung übernommen [4]). Diese Auffassung wird in überwiegendem Maße auch in der gegenwärtigen Rechtsprechung und Literatur vertreten. Von maßgeblichen Vertretern wird davon ausgegangen, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft zunächst gültig sei [5]). Der gemeinrechtliche Begriff der Ungültigkeit ist nämlich dem BGB fremd [6]). Schon das Wort Anfechten selbst, also der Sprachgebrauch, läßt darauf schließen [7]), daß es sich hier nicht um ein Rechtsgeschäft mit krankhafter Konstitution handelt. Anfechtbarkeit bedeutet [8]) [9]) Beseitigungsmöglichkeit von etwas Bestehendem; Anfechtung hat die Bedeutung der Entziehung bestehender Wirksamkeit. Viele haben, um sich über die Bedeutung und das Wesen der durch Anfechtung erzeugten Rechtswirkungen klar zu werden, einen Vergleich mit dem Rechtsinstitut der Aufrechnung gezogen. Allerdings ist beiden Instituten das zukünftige, ungewisse Ereignis gemeinsam; jedoch bestehen zwischen beiden grundsätzliche Unterschiede. Es sei nur darauf hingewiesen, daß es wohl eine Eventualaufrechnung aber nicht eine Eventualanfechtung gibt. Auch der Vergleich mit den Schwebezuständen der §§ 108 ff. BGB ist immerhin bedenklich [10]).

---

[1]) Schlottmann a.a.O. S. 25, 27
[2]) ders. S. 25, 27 a.a.O.
[3]) ders. S. 23 ff
[4]) Mart. Bruck a.a.O S. 7 ff
[5]) Seuff. Bl. Bd. 54 S. 187
[6]) Hellmann, Vorträge S. 113
[7]) Fontheim S. 35, 37 a.a.O.
[8]) Steger S. 42 a.a.O.
[9]) Bruck a.a.O.
[10]) Seuff. Bl. Bd. 74 S. 189 ff (Riezler)

Auch hier bestehen grundsätzliche Unterschiede. In einem Falle ist der Anfechtungsgegner gebunden und der Anfechtungsberechtigte kann jederzeit loskommen. Im anderen Falle hängt die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes von einem Dritten ab. Allgemein wird die anfängliche Gültigkeit aus den Bestimmungen des BGB hergeleitet, daß einmal eben nur der Berechtigte das Anfechtungsrecht geltend machen kann [1]; daß ferner das anfechtbare Rechtsgeschäft im Gegensatz zum nichtigen, das neu vorgenommen werden muß, ja durch Bestätigung cfr. 114 BGB zu einem vollgültigen werden kann [2]. Daß es sich nicht nach BGB um einen Mangel im Tatbestand bei der Anfechtung handele, erörtert Steger eingehend [3], der ein gültiges Rechtsgeschäft stets dann als vorliegend erachtet, wenn eine geschäftsfähige Person eine auf einen rechtlichen Erfolg gerichtete Erklärung abgibt. Die durch die Anfechtungserklärung erzeugte Nichtigkeitswirkung sei — so Hellmann [4] — mit der gemeinrechtlichen restitutio in integrum zu vergleichen, die ebenfalls im Wege einer Fiktion Nichtigkeitswirkungen ex tunc erzeuge. Im allgemeinen wird im BGB die Anfechtungserklärung geradezu als die auflösende Gesetzesbedingung bezeichnet, die rückwirkend das Rechtsgeschäft nichtig mache, und zwar [5] mit absoluter Rückbeziehung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes oder, wie das Gesetz selbst sagt, in einem nach dem Sprachgebrauche entsprechenden, eindeutigen Sinne „von Anfang an“, cfr. § 142 BGB. Warneyer äußert sich hierzu deutlich entsprechend. Er sagt, die Art der Rückwirkung sei so aufzufassen, daß das Geschäft angesehen werde, als wenn es nie vorgenommen worden sei; es werde die rückwirkende Nichtigkeit festgestellt. Dieses ergebe sich aus dem § 142 BGB.

Nach vielen ist die Anfechtungserklärung der Ausfluß eines besonderen Rechtes. Nach Jacobi handelt es sich hier um ein Rechtsgestaltungsrecht mit der Befugnis privater Nichtigkeitserklärung [6] [7].

Den gleichen Standpunkt vertritt Riezler, der von einer Nichtigkeit von Anfang an als der Folge der Geltendmachung dieses Rechtes redet. — Auch wird das Anfechtungsrecht als wahres negatives Recht bezeichnet, das auf Verneinung der rechtlichen Wirkung abzielt. Es wird als Reaktionsmittel angesehen. Man hat hier geradezu von geistigen Realitäten gesprochen, die keine körperlichen Gegenstände seien. Der Anfechtungsberechtigte setze durch sein Wollen die Rechtsordnung derart in Bewegung [8], daß das anfechtbare Geschäft die

---

1) Festgruß f. Zitelmann S. 38

2) Bruck a a.O. und Ennecc., Lehrb. I § 163

3) Steger a.a.O. S. 16—35

4) Hellmann, Vorträge . . . S. 138 ff

5) Warneyer Kom. § 142 II — Fontheim a.a.O. S. 39—41 — Oettinger S. 10 ff a.a.O.

6) Staud. BGB. Kom. § 142

7) Seuff. Bl. Bd. 54 S. 189

8) Bruck a.a.O. S. 23 ff — Oertmann Kom. Vorbem. zu § 142 BGB — Fontheim S. 34, 35 a.a.O.

entfaltete Rechtswirkung nicht mehr halten könne. In diesem Zusammenhange sei wiederum der Aufklärungstheorie (siehe Fitting und Enneccerus; cfr. auch die entsprechenden Ausführungen in dem Abschnitt betr. Aufrechnung o. S. 30/31) gedacht. Danach kann der Erklärung eine rechtliche Wirkung weiterhin nicht zugesprochen werden, da nur bereits bestehendes festgestellt werde. Durch die Anfechtungserklärung werde ja nur klargelegt, daß der Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge gehabt habe [1]). Ueberwiegend herrschend, und m. E. richtig, ist die bereits gestreifte Ansicht, daß die Rückwirkung die Bedeutung einer Fiktion habe [2]) [3]). Diese künstliche Rückwirkung ist lediglich aus Billigkeitsgründen eingeführt worden [4]). Das Wesen dieser Fiktion ist, daß alles so angesehen werde, als wenn jener durch die Fiktion eingeführte Zustand schon z. Zt. der Entstehung des Anfechtungsgrundes absolut wirksam gewesen wäre. In diesem Sinne redet auch Jacobetzky von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Erläuterung des Wesens und der Bedeutung der Rückwirkung [5]) ist von Hellwig von Stoß und Gegenstoß geredet worden; doch ist diese Ansicht zu realistisch, als daß sie praktisch hier verwertbar erscheint.

Neben den bereits citierten einschlägigen Gesetzesstellen gibt weiterhin § 122 BGB, der die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses feststellt, über das Wesen und die Bedeutung der Rückwirkung Aufschluß. Nicht aber spricht gegen die eben dargelegte Charakterisierung der Rückwirkung der Umstand, daß das Prozeßrecht im § 23 ZPO — es wird hierbei auf früher Erörtertes verwiesen — eine solche nicht kennt, da der Gerichtsstand unberührt bleibt. Diese Regelung ist aber lediglich aus auf der Hand liegenden Zweckmäßigkeitserwägungen erfolgt.

Auch der Umstand, daß Dritte trotz des anfechtbaren Zustandes allerdings, und dieses ist besonders hervorzuheben, mit der Einschränkung des § 142 Abs. 2 BGB einen gutgläubigen Erwerb machen können, spricht nicht hiergegen; denn die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb stellen ein an sich gesondertes, grundlegendes Billigkeitselement unserer Rechtspflege dar, sind jedoch nur als eine Ausnahme von der Regel aufzufassen.

Die eingehende Betrachtung der zwei zu einer gültigen Anfechtung erforderlichen gesetzlichen Voraussetzung, führt zu folgenden Endergebnissen:

Zwar nehmen Praxis und Literatur zu der eigentlichen Frage unseres Themas, nämlich wann der Einwand der Anfechtung — hinsichtlich des Entstehungszeitpunktes seiner Gründe — im Sinne der Klage aus § 767 ZPO entstanden ist, keine Stellung. Jedoch wird in weitem Maße jedenfalls deutlich die Auffassung zum Ausdruck

---

1) Gruch Bd. 64 S. 10
2) Bruck a.a.O. S. 30, 31 — Endemann, Lehrb. § 75 Anm. 7 Bd. 1 S. 371
3) Oettinger a.a.O. S. 16 ff — Steger a.a.O. S. 44. 45, 69, 70
4) Oettinger w. o.
5) Gruch. Bd. 64 S. 10 ff

gebracht, daß das Institut der Anfechtung gleich dem der Aufrechnung zu behandeln sei.[1] [2]) Insbesondere betont hier Gaupp-Stein[3]), daß bei allen Einwendungen, die durch eine vom freien Willen abhängige Erklärung ausgelöst werden, die Erklärung nicht mehr als Grund im Sinne des § 767 ZPO anzusehen sei. Unter diesen Einwendungen erwähnt er die der Anfechtung ausdrücklich. Ganz besonders wird in diesem Falle ein derartiger Standpunkt beim Vorliegen einer arglistischen Täuschung vertreten.[4]) [5]) In der Entscheidung des RG in Gruchot Bd. 57 S. 723, insbesondere S. 726, wird im Falle der Anfechtung wegen arglistischer Täuschung der Ausschluß der Geltendmachung entsprechender Einwendungen betont, da die objektive Möglichkeit des Vorbringens derselben bereits vor dem fraglichen Stichzeitpunkt bestand. Auf die allerdings erst nachher erfolgte Kenntnis komme es nicht an. Von der gleichen grundsätzlichen Auffassung ausgehend hat die OLG Entscheidung im 18. Bande S. 4 ff. das Vorbringen des Zustandes der Geisteskrankheit nicht mehr zugelassen, weil dieselbe bereits vor dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen habe und von den Parteien nicht vorgebracht worden sei (cfr. Falkmann a. a. O., S. 393 ff.). Doch herrscht auch hier beim Rechtsinstitut der Anfechtung ein, dem bei dem Rechtsinstitut der Aufrechnung erörterter, gleichartiger Meinungsstreit. Auf die dortigen Ausführungen (o. S. 27—44; insbes. 43—44 d. Arb.) wird erneut und vollständig Bezug genommen.

b) Die anderen Ansichten.

Es werden also die auf dem Gebiete des materiellen Rechtes herrschenden entsprechenden Streitfragen, nämlich das Prinzip absoluter Rückwirkung — es sei im Wege der Klarlegungstheorie oder auf Grund von fingierter oder tatsächlicher Rückwirkung — oder ob der Zeitpunkt der Erklärung der maßgebliche ist, auf das Prozeßrecht übertragen.

α) Die Erklärung ist maßgebend.

So wird die Anschauung unter anderem vertreten, daß die Erklärung als Grund einer Einwendung im Sinne des § 767 ZPO anzusehen sei. Diese fragliche Auffassung stützt sich vor allem darauf, daß durch die Erklärung alle Rechtswirkungen erst erzeugt würden. Sie nimmt Bezug auf die bereits angeführten entsprechenden gesetzlichen Vorschriften, so die §§ 120, 121, 123 Abs. 1, 124, 142, 143 BGB 2c., in denen die Erklärung eine besondere Rolle spielt. Sie stützt sich weiterhin darauf, dieses allerdings zu Recht, daß auch in

---

1) RG. Entschdg. I Ziv. Sen. v. 19. 10. 1912 in Gruch. Bd. 57 S. 723 ff
2) Sydow-Busch ZPO § 767 Nr. 1 — Gaupp-Stein § 767 II 1, II 2 Abs. 3 — Loth. Seuff., der ebenso wie Sydow-Busch für alle Einwendungen den gleichen Standpunkt einnimmt. (§ 767 Nr. 2 sowie 5)
3) Gaupp-Stein § 767 II e A 3 — cfr. dazu OLG. Dresden Bd. 16 S. 292 ff
4) Gruch. Bd. 57 S. 726 — JW. RG. 1913 S. 100
5) Hein a.a.O. S. 101 § 10

früheren Rechten die Erklärung eine erhebliche Bedeutung gehabt hat. Besonders zu erwähnen sind hier das Preußische, Oesterreichische und Französische Recht. [1]) Im Artikel 1117 sagt der code civil wörtlich bezüglich der Frage der erzwungenen Rechtsgeschäfte, daß, wer sich auf Nichtigkeit berufe, dieses zum Ausdruck bringen müßte. In diesem Zusammenhang seien weiterhin die Ansichten Wächters und Ungers erwähnt [2]) [3]), die von der ex nunc Wirkung ausgehend, der Erklärung erheblichste Bedeutung beimessen.

β) Die Anschauungen, die es auf das Verschuldensprinzip abstellt.

Weiterhin wird die Anschauung vertreten, hinsichtlich der Zulässigkeit der Geltendmachung von Einwendungen im Wege der Klage nach § 767 ZPO sei es auf das Verschuldensprinzip abzustellen. Allerdings entspricht diese Auffassung dem das gesamte Bürgerliche Recht fast uneingeschränkt beherrschenden Verschuldensprinzip. Sie entspricht weiterhin der von entsprechendem Geiste durchdrungenen Zivilprozeßordnung (cfr. die §§ 278, 279, 279 a, 283, 97, 528, 534, 626 ZPO). Weiterhin spricht die bei dem Rechtsinstitut der Anfechtung in den §§ 120, 121, 124 BGB bestimmte Voraussetzung der Kenntnis bezw. der Unverzüglichkeit für dieses Prinzip. Bei der Anfechtung wegen Drohung ist die Zulässigkeit der Geltendmachung dieses Rechtes im § 121 BGB sogar ausdrücklich auf Verschulden abgestellt. Im § 124 BGB ist der Fristablauf hinsichtlich der nach § 123 BGB in Frage stehenden Anfechtung auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung abgestellt. Nach den Vertretern der vorgenannten Auffassung spricht dieser Umstand, nämlich, daß der Gesetzgeber es zur Entstehung des Anfechtungrechtes hier auf die Kenntniserlangung abstellt, für ihre Auffassung. Diesen Standpunkt hebt Titze [4]) bei der Erläuterung eines allerdings besonders gearteten und deshalb in dieser Hinsicht recht interessanten Falles hervor. Er sagt, wenn erst die letzte Instanz durch das Obsiegen des Gegners feststelle, daß ein Irrtum beim Vertragsabschluß vorgelegen haben müsse, so sei es erforderlich, dem zur Anfechtung Berechtigten die Möglichkeit des Vorgehens im Wege der Klage aus § 767 ZPO zu geben, da er erst jetzt Kenntnis seines Anfechtungsrechtes erlange. — Es wird ferner betont, daß diese Auffassung auch der Billigkeit, vor allem mit Rücksicht auf die zahllosen Fälle nicht schuldhafter Unkenntnis, entspreche, da es in einem solchen Falle eine zu große Härte für denjenigen bedeute, der wehrlos der Zwangsvollstreckung ausgesetzt sei und so die ihm zustehenden Gegenrechte hinsichtlich des Anspruches nicht verwerten könne.

---

[1]) Staud. Allg. Teil § 123 IV Abs. 2 — Schliemann a.a.O. S. 206 ff — Schlottmann a.a.O. § 3 S. 15

[2]) Gradenwitz a.a.O. S. 323

[3]) Windscheid a.a.O.

[4]) Titze, Mißverständnis, S 429, 430

Eigene Ansicht und Zusammenfassung.

Diesen vorgenannten Anschauungen kann aber in Bezug auf das Prozeßrecht nicht zugestimmt werden.

Die Notwendigkeit hinsichtlich endgültiger Entscheidungen eine möglichst umfassende Rechtskraft festzulegen, ist mit der wichtigste gegen die vorstehend angeführte Anschauung sprechende prozeßrechtliche Gesichtspunkt. Wie bereits früher eingehend dargelegt, will doch die Rechtskraft in denkbar weitestem Ausmaße den gesamten Streitstoff einschließlich aller Einredetatsachen und aller Einrederechte regeln.[1] Es entsteht in dieser Hinsicht durch die einmal erlassene Entscheidung eine endgültige Abschneidung ges gesamten Prozeßstoffes. Nach dem eingehend gewürdigten Wesen sowie der Bedeutung des Zustandes der Anfechtbarkeit, sei es direkt, sei es im Wege fingierter Rückwirkung vom Zeitpunkt der Erklärung ab, muß derselbe von den Rechtskraftsfolgen mit ergriffen werden.

Hierfür spricht weiterhin in dem bereits früher (o. S. 71 — 72 d. Arb.) dargelegten Umfange die Systematik der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften. Fernerhin sind zur Stütze dieser Anschauung ausschlaggebende Billigkeits- und Zweckmäßigkeits-Gesichtspunkte zu Recht angeführt worden (S. 72 d. Arb.). Es wird hierbei erneut auf die völlig entsprechenden Ausführungen beim Rechtsinstitut der Aufrechnung verwiesen. Danach kann die Schaffung einer Einwendung, nämlich durch Abgabe des weiteren Merkmales derselben, nämlich der Erklärung (wie jene zu verneinende, bereits dargelegte Anschauung dartut) nicht vom eigenen freien Willen abhängig sein. Unter solchen Umständen wäre der Verschleppung seitens des mit der Vollstreckung bedrohten Schuldners Tür und Tor geöffnet. Gerade die Zwangsvollstreckung (s. §§ 278, 279 a, 283, 97, 528, 534, 626 ZPO auch hier) aber zielt auf schnelle Beendigung und schnelle Befriedigung ab.[2] [3] Des Einwandes der arglistigen Täuschung, der in solchem Augenblicke mit besonderer Vorliebe von dem mit der Vollstreckung Bedrohten vorgebracht wird, sei hier besonders gedacht: Gerade er wird häufig späterhin noch in doloser und schädigender Absicht vorgeschützt. Unhaltbare Zustände würden sich so ergeben. Umsoweniger aber ist diese fragliche Regelung eine Härte für den Schuldner, als ihm Gegenrechte, deren Vorbringen ihm allerdings in der Vollstreckungsinstanz abgeschnitten sind, doch nicht verloren gehen, sondern zur Geltendmachung im gesonderten Prozesse erhalten bleiben.

Unter Würdigung aller dieser Umstände konnte sowohl für das Rechtsinstitut der Aufrechnung, als auch das der Anfechtung lediglich die dargelegte Regelung in Frage kommen.

---

[1]) Gaupp-Stein zu § 322 ZPO. VI, VIII sowie Rich. Schmidt a. a.O. S. 529
[2]) JW. 1913 Nr. 18 S. 103
[3]) Hein a.a.O. S. 10 und 110

Lebenslauf.

Am 23. Februar 1902 wurde ich in Kassel als Sohn des israelitischen Kaufmanns Max Goldberg und dessen Ehefrau Henriette geb. Nußbaum geboren. Von Ostern 1908 bis Ostern 1911 besuchte ich die Städtische Vorschule I und daran anschließend die Oberrealschule I in Kassel. Ostern 1920 bestand ich die Reifeprüfung. Ich studierte Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Marburg, Würzburg und Hamburg.

Ich bestand die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Kassel, und wurde am 8. April 1926 zum Gerichtsreferendar ernannt. Mein Vorbereitungsdienst fand an den Gerichten dieses Oberlandesgerichtsbezirks statt. Am 22. Januar 1929 bestand ich an der UniversitätMarburg das Rigorosum.